Zur Frage des Wechsels der Gesellschafter bei offenen Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Alois Renz

aus Böhringen

1937

Buchdruckerei Karl Bölzle, Tübingen, Marktgasse 10

Zum Druck genehmigt von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Universität Tübingen

Dekan: Prof. Dr. Kreller

Referent: Prof. Dr. Hans Erich Feine

Tag der mündlichen Prüfung: 31. Januar 1936

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 5

§ 1 Die geschichtliche Entwicklung der oHG. 5

§ 2 Die Rechtsnatur der oHG. 8

§ 3 Die oHG. als Gesamthandverhältnis 12

I. Allgemeines 12

II. Das Vermögen 14

III. Der Anteil am Gesellschaftsvermögen 15

IV. Der Kapitalanteil 17

V. Das Auseinandersetzungsguthaben 17

VI. Die Pfändung des Anteils 18

§ 4 Die oHG. als personenrechtliches Vertragsverhältnis 19

§ 5 Der Gesellschaftsvertrag 21

§ 6 Die Mitgliedschaft 23

§ 7 Die Verfügung über das Auseinandersetzungsguthaben . . . 25

§ 8 Die Möglichkeit einer Aenderung im Mitgliederbestand . . . 27

§ 9 Der Eintritt des Erben 32

I. Allgemeines und Geschichte 33

II. Die allgemeine Wirkung auf den verbleibenden Erben . . 36

III. Das Verbleiben als Kommanditist 37

IV. Die Regelung des Schwebezustandes 39

V. Die Rechtslage bei einer Mehrheit von Erben 40

§ 10 Austritt und Eintritt erfolgen Hand in Hand 42

§ 11 Die Folgen des Wechsels für die oHG. 52

I. Allgemein 52

II. Die Wirkung auf einen anhängigen Rechtsstreit 53

§ 12 Die Folgen für den Ausscheidenden 54

§ 13 Die Folgen für den Eintretenden 58

I. Allgemeine Wirkungen 58

II. Die Haftung des Eingetretenen 62

III. Die Wirkung auf das Privatvermögen des Neuen . . . 63

§ 14 Der Mitgliederwechsel bei der Kommanditgesellschaft 66

Schrifttumsnachweis 73

Verschiedenste Gründe können es wünschenswert erscheinen lassen, die Rechte eines Gesellschafters bei einer oHG. aus seiner Mitgliedschaft auf einen Außenstehenden zu übertragen. An die Stelle eines älteren Gesellschafters soll ein jüngerer gesetzt werden, ein Gesellschafter will den wirtschaftlichen Wert seiner Beteiligung flüssig machen, der Vater will seine Teilhaberschaft an einem solchen Unternehmen auf den Sohn oder Schwiegersohn übertragen, ein besonders kapitalkräftiger oder mit besonderen Fachkenntnissen ausgestatteter Außenstehender soll für die Gesellschaft gewonnen werden, ohne doch deren Mitgliederstand zu vermehren und ähnliche Gründe mehr. Um zu der Frage, ob eine solche Uebertragung möglich ist, oder wie sie verstanden werden muß, Stellung nehmen zu können, ist vor allem erforderlich, sich über das Wesen und den Aufbau der oHG. klar zu werden, und dies ist nur aus ihrer Geschichte heraus möglich. Es ist daher erforderlich, auf diese kurz einzugehen.

§ 1.

Die geschichtliche Entwicklung der oHG.

Es ist heute allgemein anerkannt, daß die oHG. ihren Ursprung in den deutschrechtlichen Gemeinschaften zur gesamten Hand hat[1]). Die Entwicklung im einzelnen ist allerdings noch nicht vollständig geklärt. Die Gemeinschaften zur gesamten Hand entstanden im alten Recht, wenn die Hausgemeinschaft unter mehreren gleichberechtigten Erben (Ganerben) ungeteilt fortgeführt wurde. Es trat dann an die Stelle einer herrschaftlichen Hausgemeinschaft, mit dem Hausvater an der Spitze, eine genossenschaftliche. Ursprünglich, als das Privateigentum sich noch auf die bewegliche Habe beschränkte, wurde diese Gemeinschaft nur bis zur Mündigkeit der Gesamthänder durchgeführt. Erst später, als das Eigentum an Grund und Boden von der Sippe auf den einzelnen Rechtsgenossen übergegangen war, und beim Tod des Hausvaters eine Teilung von Haus und Hof vermieden werden sollte, gewann sie, Hand

[1]) Beseler, System I S. 274 ff. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 339 ff. 435 ff., Privatrecht I S. 663. Goldschmidt, Universalgeschichte S. 272. Lehmann § 55 II. Hübner § 21 II. Lastig, ZHR. 24, 387 ff. insbes. S. 431. Wieland § 42 III. Pisko, Unternehmen S. 200 Anm. 11.

in Hand mit dem Verfall der Sippe, ihre eigentliche Bedeutung. Dann wurde eine solche Gemeinschaft wohl auch durch Generationen hindurch fortgesetzt [2]).

An die Stelle eines verstorbenen Gemeinders traten dann jeweils dessen Erben als verbundene Gesamtheit. Weil die gesamte Hand auf der als Einheit empfundenen Familie beruhte, konnte ein solcher Eintritt unbedenklich zugelassen werden.

Nach außen traten die Gemeinder zusammen („mit gesamter Hand") auf. Der Einzelne konnte weder über das Vermögen als Ganzes, noch über seinen Anteil am Vermögen, noch über die einzelnen Gegenstände desselben verfügen. Solche Gemeinschaftsformen waren auf verhältnismäßig wenige Genossen zugeschnitten. Es bestand eine allgemeine Güter- und Schuldengemeinschaft [3]).

Mit Aufkommen des Handels wurde diese Art von Gemeinschaft auch auf das Handelsgeschäft übertragen. Die Söhne übernahmen dann das väterliche Geschäft. In den ältesten Quellen, in welchen von Handelsgesellschaften die Rede ist, treten meist Brüder als Gesellschafter auf [4]). Auch weist die Bezeichnung „compania" = Brotgemeinschaft auf die Herleitung von der Hausgemeinschaft hin [5]).

Allmählich aber trat die familienrechtliche Grundlage hinter dem Gedanken des freien Vertragsschlusses mehr und mehr zurück. Rechtsgedanken, die der Commenda zu Grunde lagen, drangen ein. Dies war ursprünglich ein Vertrag zwischen dem in der Heimat verbliebenen Geldgeber und einem reisenden Unternehmer. Die Entwicklung zur oHG. vollzug sich auf Grund germanischer Rechtsanschauungen im wesentlichen in Norditalien [6]) und fand ihre erste gesetzliche Regelung unter dem Einfluß römischrechtlicher Gedanken in den oberitalienischen Statutarrechten. Es scheint überhaupt, als ob die oHG. während des Mittelalters in Deutschland nur geringe Verwendung gefunden hätte [7]). Dort waren während dieser Zeit zwei der Commenda ähnliche Gesellschaftsformen gebräuchlich; die Sendevegesellschaft, wenn nur der eine Vertragsteil Güter beisteuerte — in „sendeve" gab, und die Wedderleginge oder „rechte Gesellschaft", wenn beide Beteiligten Güter zusammenlegten, um mit ihnen auf gemeinsamen Gewinn und Verlust Handel zu treiben [8]).

In Italien bildete sich dann auch der Brauch heraus, daß die Handelsgesellschaften unter eigener Firma auftreten [9]). Diese Gesellschaften waren Ar-

[2]) Gierke, Z.f.R.Gesch. 12. 486, Privatrecht I S. 664 f.
[3]) Goldschmidt, Universalgeschichte S. 286. Lastig in ZHR. 24, 431.
[4]) Lastig, a. a. O., S. 432.
[5]) Goldschmidt, Universalgeschichte S. 271 ff. Wieland § 42 II. Rehme, in Ehrenbergs Handbuch I S. 103.
[6]) Feine, Von der weltgeschichtlichen Bedeutung S. 20.
[7]) Rehme, ZHR. 42, 367.
[8]) Rehme in Ehrenbergs Handbuch I S. 163.
[9]) Goldschmidt, Universalgeschichte S. 273.

beits- und Vermögensgemeinschaften. Die Eigenschaft als Handelsgesellschaft brachte die Vertretungsbefugnis jedes einzelnen Gesellschafters. Die unbeschränkte Vermögenshaftung wurde folgerichtig durchgeführt.

In Deutschland wurde diese Gesellschaftsform, soweit sie doch Eingang gefunden hatte, bei der Reception durch die römische societas nahezu vollständig verdrängt.

Diese hatte sich auch aus der ungeteilten Erbengemeinschaft des alten römischen Rechts entwickelt, welcher eine der gesamten Hand sehr ähnliche Vermögensgemeinschaft zu Grunde lag, wie wir nun seit Bekanntgabe des neuen Gaius-Fundes [10]) mit Bestimmtheit wissen. Neben diese, aus dem Erbrecht entstandene Gemeinschaftsform trat schon in früher Zeit eine durch besonderen Formalakt begründete, das consortium, mit denselben vermögensrechtlichen Folgen wie jene, auch sie war eine societas omnium bonorum. Diese echte Gemeinschaft wurde aber schon frühzeitig vollständig verdrängt durch die auf dem Wege schlichter Vereinbarung zustande kommende societas. Diese schuf lediglich ein Rechtsverhältnis zwischen den Gesellschaftern, sie kannte kein Gesellschaftsvermögen, sondern nur Privatvermögen der Gesellschafter, sie selbst war weder vermögens- noch handlungsfähig [11]), sie schuf weder Gesamtberechtigungen noch Gesamtverpflichtungen. Es wurde nur ein Innenverhältnis erzeugt, trat daher ein Gesellschafter mit Vollmacht der anderen auf, so verpflichtete er nur die Gesellschafter, nicht die Gesellschaft selbst. Die societas hatte überhaupt keine dinglichen Wirkungen [12]). Durch das Gesellschaftsband wurden die Gesellschafter nur schuldrechtlich verpflichtet. Eine Beschränkung des Willens der einzelnen Beteiligten zu Gunsten eines gemeinschaftlichen Willensbereiches, so daß nur die Gesamtheit, nicht aber der einzelne Teilhaber zur Willensbildung fähig wäre, widersprach dem römischen Persönlichkeitsbegriff [13]). Da die societas nur auf dem rechtsgeschäftlichen Willen der Gesellschafter beruhte und nur ein Rechtsverhältnis zwischen diesen darstellte, war ein Eintritt in eine solche unmöglich. Zwar konnte der einzelne Gesellschafter seinen Anteil an den einzelnen Gegenständen des gemeinsamen Gutes abtreten, dies führte aber zur Sprengung der Gesellschaft. Jede Aenderung unter den Mitgliedern unterbrach ihren Fortbestand. (D. 17, 2, 65 § 9. D. 17, 2, 65 § 11. Inst. 3, 25 § 8). An letztangeführter Stelle war ausdrücklich bestimmt, daß eine neue Gesellschaft entsteht, wenn trotz des dort angeführten Auflösungsgrundes eine Gesellschaft fortgeführt wird [14]).

---

[10]) Vgl. Levy, in Zeitschr. d. Savigny-Stiftung f. Rechtsgeschichte. Romanist. Abt. Bd. 45 S. 258 ff.
[11]) Sohm, Institutionen S. 235.
[12]) „ „ S. 551.
[13]) Gierke, Genossenschaftsrecht III S. 39 ff.
[14]) Knoke, Das Recht der Gesellschaft S. 4.

Rein konnte sich die societas in Deutschland allerdings nicht durchsetzen, deutschrechtliches Gedankengut hatte sich, wenn auch zum Teil in römisch-rechtlicher Verkleidung, stets erhalten. So hatte sich vor allem der Gedanke der Vererblichkeit, wie unten noch auszuführen sein wird, als äußerst lebensfähig erwiesen [15]).

Die deutschrechtliche Handelsgesellschaftsform kam erst wieder über die romanischen Gesetze nach Deutschland. In der ordonnance sur le commerce von 1673 erscheint sie als société générale und im code de commerce als société en nom collectif. Von da wurden die Handelsgesellschaften in das preußische Allgemeine Landrecht übernommen und dort eingehend in deutschrechtlichem Sinne geregelt. Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch von 1861 schloß sich dieser Regelung an und hat sich so in dieser wie auch in anderer Hinsicht als Wahrer deutschen Rechtsgutes bewährt. Nach schweren Kämpfen konnte dann auch im Bürgerlichen Gesetzbuch eine Regelung des Gesellschaftsrechts in deutschrechtlichem Sinne durchgesetzt werden.

§ 2.

Die Rechtsnatur der oHG.

I. Die Rechtsnatur der oHG. war bis um die Jahrhundertwende sehr umstritten, über sie besteht auch heute noch nicht völlige Einigkeit.

Nachdem die im Anschluß an das gemeine Recht aufgestellte Sozietätstheorie [1]) allgemein aufgegeben ist, stehen sich heute, als Versuche das Wesen der oHG. zu erklären, im wesentlichen noch zwei Gruppen von Deutungsversuchen gegenüber: Die Lehre von der juristischen Persönlichkeit und die Gesamthandlehren. Wenn hier kurz zu diesem Streit Stellung genommen wird, so geschieht das nicht, um die oHG. einem dieser Begriffe unterzuordnen und dann aus dieser Einordnung unmittelbar Rechtssätze herzuleiten, sondern aus der seit den Forschungen Otto von Gierkes meines Ermessens nicht mehr zu bestreitenden Auffassung, daß wir unter den menschlichen Verbänden zwei Erscheinungsformen zu unterscheiden haben [2]). Es sind das auf der einen Seite diejenigen, bei denen das Ganze als eine den Gliedern gegenüber selbstständige Persönlichkeit anerkannt wird. Ihnen kommt gleich dem Einzelmenschen leiblich-geistige Lebenseinheit zu, sie können wollen und das Gewollte in die Tat umsetzen [3]). Auf der anderen Seite stehen die Gemeinschaftsformen,

[15]) Viezens i. ZHR. 35, 111 ff.
[1]) Bes. vertreten von Laband in ZHR. 30, 513 ff.
[2]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 339.
[3]) Gierke, Das Wesen der menschlichen Verbände S. 12.

welche sich auf eine Verbindung der Glieder beschränken, ohne eine neue Rechtspersönlichkeit zur Entstehung zu bringen. Eine Entscheidung darüber, zu welcher der beiden Gemeinschaftsformen ein Gebilde zu rechnen ist, kann schon aus theoretischen Gründen nicht umgangen werden [4]), sie ist aber auch von praktischer Bedeutung, denn strittige Fragen müssen aus der inneren Natur eines rechtlichen Gebildes heraus erklärt werden. Diese Natur muß begriffen und in Gegensatz gebracht werden zu anderen Einrichtungen des Rechts.

Neuerdings leugnet Wieland die grundsätzliche Verschiedenheit von Gesellschaftsformen, mit welchen Rechtspersönlichkeit verbunden ist und solchen, bei denen das nicht der Fall ist. Er bekämpft auf das Entschiedenste und in groß angelegter Weise die zur Zeit herrschende dualistische Lehre [5]). Nach ihm sind die offenen Handelsgesellschaften „Gesellschaften, sofern sie sich auf Vertrag gründen, Gemeinschaften zur Gesamten Hand, insofern ihr Vermögen gemeinsames Vermögen der Mitglieder ist, juristische Person, insofern sie nach außen nach gewissen Richtungen hin nach Art selbständiger Rechtsträger behandelt werden". Wenn man aber die juristische Person als eine neben den Mitgliedern bestehende und von deren Wechsel unabhängige Einheit auffaßt, während bei der eigentlichen Gesellschaft eine solche Einheit fehlt, vielmehr nur die Gesellschafter in ihrer Verbundenheit Träger der Rechte und Pflichten sind, wenn ferner beachtet wird, daß die juristische Person einen von dem Willen der einzelnen Teilhaber unabhängigen und einheitlichen Willen bildet, während der einfache Personenverband nur einen von den einzelnen Gemeindern getragenen Gesamtwillen zu äußern vermag, wird klar, daß die von Wieland vertretene Ansicht ohne durchgreifende Aenderung der Begriffe nicht möglich ist [6]). Dafür liegt aber keine Veranlassung vor. Unsere juristischen Denkformen, wie sie sich im Laufe der Geschichte entwickelt haben, beruhen auf dieser Unterscheidung [7]). Mögen auch die Grenzen zwischen Gemeinschaftsperson und Personengemeinschaft nach außen oft flüssig sein, so beruhen sie doch auf einer grundsätzlichen inneren Unterscheidung, welche vom geltenden Recht anerkannt wird, daher auch zu beachten ist. Soziologisch mögen die verschiedenen Gemeinschaftsformen ineinander übergehen, insofern sie beide gegliederte Personenmehrheiten sind, und das wird auf ihre rechtliche Behandlung nicht ohne Einfluß sein, rechtlich aber sind sie der Art nach verschieden [8]).

II. Die Theorie von der juristischen Persönlichkeit der oHG. hat zweifellos etwas Bestechendes. Auf den ersten Blick scheinen mit dieser Lehre ihre Wirkungen, so wie sie gesetzlich festgelegt sind, am einfachsten erklärt werden

4) Stoll in der Festgabe für Heck, Rümelin und A. B. Schmidt S. 108.
5) Wieland S. 425,
6) Feine, GmbH. S. 51. Dür. Hach. § 124 A. 1.
7) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 51, 339.
8) Lorenz Jh. Jb. 83, 141.

zu können. Die oHG. handelt unter einer Firma (§ 105 HGB.), unter dieser Firma kann sie Rechte erwerben, Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte erwerben (§ 124 HGB.). Die oHG. hat ein eigenes, den Gesellschaftern gegenüber selbständiges Vermögen. Zur Zwangsvollstreckung in dieses ist ein gegen die Gesellschaft als solche gerichteter vollstreckbarer Titel nötig (§ 124 II HGB.). Mit diesem Titel kann nicht in das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter vollstreckt werden (§ 129 IV HGB.). Die zur Vertretung berechtigten Gesellschafter haben nach außen eine Stellung ähnlich der von Organen einer juristischen Person. Unter der Firma kann die oHG. klagen und verklagt werden (§ 124 HGB.). Tatsächlich haben verschiedene ausländische Rechte den der oHG. entsprechenden Gesellschaftsformen ausdrücklich juristische Persönlichkeit verliehen [9]). In Frankreich, wo die Frage im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist, drang die Auffassung von der Rechtspersönlichkeit der société en nom collectif in Lehre und Rechtsprechung durch [10]).

Diese Ansicht wurde denn auch in Deutschland sofort nach in Kraft treten des ADHGB. von vielen Gerichten vertreten [11]), sie fand auch in der Lehre weithin Anklang [12]). Nach Erlaß des BGB. wurde diese Lehre nur noch vereinzelt vertreten [13]). Insbesondere Kohler war es, welcher sie mit aller Entschiedenheit verfocht, er betonte insbesondere die völkerrechtliche Notwendigkeit einer solchen Auffassung.

Die Lehre von der juristischen Persönlichkeit der oHG. läßt sich aber nach heute geltendem Recht nicht aufrecht erhalten [14]). § 105 HGB. verweist auf die Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft. Durch diese Regelung hielt man die letzten Zweifel über die rechtliche Natur der oHG. für beseitigt, eine ausdrückliche gesetzliche Regelung im Sinne einer Verneinung der juristischen Persönlichkeit erschien daher nicht erforderlich [15]), denn der Gesellschaft des BGB. kommt bestimmt keine Rechtspersönlichkeit zu, das ergibt sich insbesondere aus den §§ 705, 714, 718 I. Daß es sich bei der Vorschrift des § 105 II HGB. um eine direkte Verweisung handelt, nicht um eine entsprechende Anwendung, ergibt sich aus dem Wortlaut und daraus, daß die Vorschriften über die oHG. unter Verwertung desselben Rechtsgedankens getroffen wurden,

[9]) z. B. Italien, Belgien, Spanien, Portugal, vgl. Feine GmbH. S. 50.

[10]) Vgl. Wieland I § 35 A. 3.

[11]) Vgl. die bei Gierke, Genossenschaftstheorie S. 48 A. 3 angeführten Nachweise.

[12]) Gelpcke ZHR. 2 S. 1 ff. Affolter in Arch. f. bürg. Recht. Bd. 5 S. 1 ff. Eccius in ZHR. 32 S. 1 ff. Windscheid/Kipp in den alten Auflagen.

[13]) Kohler ZHR. 74, 456 ff. Arch. f. bürg. R. 40 S. 229 ff. Schönfeld, Jh. Jb. 75, 333 ff. Arch. f. ziv. Praxis 136 S. 331 ff. Windscheid/Kipp 8. Aufl. S. 734.

[14]) Für das alte Recht: Gierke, Genossenschaftstheorie S. 343. Behrend § 62 Nr. 2. Für das neue Recht: Gierke, Arch. f. bürg. R. 19 S. 144, Dür. Hach. § 105 A. 13. Staub/P. § 105 A. 8. Hagemann S. 18 und viele andere.

[15]) Denkschrift S. 86/87.

wie die Vorschriften des BGB. Die Besonderheiten, welche die oHG. der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts gegenüber hat, sind nicht die Folgen eines ganz anderen Aufbaues. Sie tragen nur der verschiedenen Bestimmung der oHG. Rechnung, als einer für die Dauer bestimmten Einrichtung des kaufmännischen Lebens. Es wäre widersinnig gewesen, die Vorschriften über eine juristische Person durch Verweisung auf eine einfache Gesellschaft zu regeln. Kohler will daher die Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft nur entsprechend auf die oHG. angewandt wissen, „und sollte das Gesetz etwas anderes meinen, so ist es bekanntlich nicht Sache des Gesetzes, zu konstruieren" [16]).

Tatsächlich lassen sich die Vorschriften über eine unbeschränkte und unmittelbare Haftung jedes einzelnen Gesellschafters (§§ 105, 128 HGB.) nur schwer mit dem Aufbau einer juristischen Person vereinbaren, denn wenn auch die Regelung der Haftung noch keinen unbedingt sicheren Schluß auf die juristische Natur der in Frage stehenden Gemeinschaftsform zuläßt, so ist doch von einer grundsätzlichen Uebereinstimmung von Gesellschafts- und Haftungsform auszugehen [17]). Vollständig unvereinbar mit einer Auffassung der oHG. als Gesamtperson ist der § 131 HGB., wonach die Gesellschaft grundsätzlich zur Auflösung kommt, wenn ein Gesellschafter ausscheidet, oder wenn über sein Vermögen der Konkurs eröffnet wird.

Hellwig, welcher im Prozeß die oHG. wie eine selbständige Vermögensmasse behandelt haben will und dem Gesellschaftsvermögen sachliche Parteifähigkeit zuschreibt, will zur rechtlichen Natur der oHG. keine Stellung nehmen [18]). Doch wird auch seine Betrachtungsweise der Eigenart der oHG. nicht gerecht, denn das Schwergewicht liegt bei ihr nicht im Vermögen, sondern, wie unten noch eingehend dargelegt werden soll, im personenrechtlichen Verhältnis der Gesellschafter zueinander.

Auch auf die anderen für den Zivilprozeß aufgestellten Lehren braucht hier nicht eingegangen zu werden, weil sie über die Rechtsnatur der oHG. nichts aussagen, sondern nur deren Stellung im Prozeß erklären sollen [19]).

III. Die oHG. kann nur als eine Gemeinschaft zur gesamten Hand verstanden werden. Diese Auffassung wurde zuerst vertreten von Beseler [20]). Entwickelt und ausgeführt wurde sie durch Otto von Gierke [21]), ihm ist auch das

16) Kohler in ZHR. 74 S. 459. Dagegen Gierke in Arch. f. bürg. R. 19 S. 116.

17) Feine, GmbH. S. 55.

18) Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 266 ff., System des deutschen Zivilprozeßrechts Bd. I S. 158.

19) Vgl. Stein/Jonas § 50 II 4. Förster/Kann § 50 A. 3. Jäger in LZ. 1910 S. 153 f. und Festschr. f. Sohm S. 13 ff.

20) System 4. Aufl. §§ 229—231. In der 2. Aufl. hatte er sie noch anders aufgefaßt: Nach innen societät, nach außen jur. Person (§ 222).

21) Genossenschaftsrecht Bd. I S. 982 ff., Privatrecht Bd. I S. 663 ff., Genossenschaftstheorie S. 47 ff., 435 ff. Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 13 ff.

Verdienst dafür zuzuschreiben, daß das Gesellschaftsrecht des BGB. einheitlich nach diesem Rechtsgrundsatz gestaltet wurde [22]). Seine Auffassung wurde dann auch in der Lehre [23]) und in der Rechtsprechung [24]) führend.

§ 3.

Die oHG. als Gesamthandverhältnis.

I. Die gesamte Hand stellt kein selbständiges Rechtsgebilde dar, sie ist vielmehr ein Rechtsgrundsatz, der für eine Fülle von Einrichtungen das gemeinsame Gedankengut abgibt [1]). Stets wird bei den von ihr erfaßten Gemeinschaftsverhältnissen über die schuldrechtlichen Beziehungen hinaus ein starkes personenrechtliches Band geknüpft. Die Willensfreiheit des einzelnen Gemeinders wird insofern aufgehoben, als sein Einzelwille für sich allein in der Gemeinsphäre keine Rechtswirkungen hervorzubringen vermag. Der Wille der Gemeinder wird derart verbunden, daß in Bezug auf die zwischen ihnen bestehende Vermögensgemeinschaft nur ihr geeinter Wille zu Verpflichtung und Verfügung führen kann [2]), wobei es natürlich der Ausgestaltung des einzelnen Rechtsverhältnisses überlassen bleibt, festzusetzen, wie im Innenverhältnis ein Gesamtwille zu stande kommt, ob er nur durch übereinstimmende Willensäußerung aller einzelnen Gemeinder gebildet werden kann, oder ob der entgegenstehende Wille eines Gesellschafters durch Mehrheitsbeschluß oder anders überwunden werden kann. Nach außen tritt die Gesellschaft, also die Gesamtheit der Gemeinder handelnd auf, sie kann sich dabei allerdings eines Teilhabers als ihres Vertreters bedienen. Diese Gesamtheit ist Träger der gemeinsamen Rechte und Pflichten, aber nicht als ein über den einzelnen stehendes Rechtsgebilde mit eigener Rechtspersönlichkeit, sondern als genossenschaftlich verbundene Personenmehrheit. Sie ist so die personenrechtliche Verbindung der Gemeinder [3]).

Entsprechend ihrer Entstehung aus der Familiengemeinschaft entwickelte sie ihre ausgeprägtesten Formen auf dem Gebiet des Familien- und, damit zusammenhängend, Erbrechts. An die Stelle dieser Familienbeziehungen

[22]) Vgl. seine Schrift: Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe in dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches des deutschen Reiches S. 95 ff.

[23]) Dür. Hach. § 105 A. 3. Staub/P. § 105 A. 8. Feine, GmbH. S. 48. Schönfeld in RGFestschr. II S. 225. Heck, Schuldrecht § 123/4. Planck Vorbem. II 3 vor § 705. Oertmann § 718 A. 1. Sohm, Gegenstand S. 69.

[24]) So insbes. das RG. in ständ. Rechtsprechung z. B. 65, 229. 107, 172. 114, 393. 117, 262 u. ö.

[1]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 342. Heusler, Institutionen I S. 225/26.

[2]) Knoke, Recht der Gesellschaft S. 10. Dür. Hach. II 1 Allgem. Anm. 4.

[3]) Gierke, Privatrecht I S. 669. Lorenz in JH. JB. 83, 155.

traten aber schon früh vertragliche Abmachungen, ohne daß dadurch das personenrechtliche Band weggefallen wäre. Auch bei den gesamthänderischen Handelsgesellschaften wird die Persönlichkeit als solche berührt, indem ihre Rechtssphäre teils durch das Eingreifen fremder Rechtsbereiche beschränkt, teils umgekehrt durch ihre Erstreckung auf fremde Rechtsbereiche erweitert wird. Diese gegenseitige Einordnung der Persönlichkeit und umgekehrt, die organschaftliche Stellung des Einzelnen in der Gemeinschaft rechtfertigt es, das Gesellschaftsverhältnis unter die Rechte über die Person einzureihen [4]). Stets entfaltet dabei die personenrechtliche Gemeinschaft eine vermögensrechtliche Wirksamkeit. Die eigenartige Durchsetzung schuldrechtlicher und sachenrechtlicher Verhältnisse mit Vorschriften des Personenrechts verleiht den Rechtsverhältnissen, denen der Gedanke der gesamten Hand zu Grunde liegt, ihren hervorstechendsten Wesenszug [5]).

Im übrigen weisen diese Gesamthandgemeinschaften große Mannigfaltigkeit auf, insbesondere auch, was in diesem Zusammenhang in erster Linie interessiert, hinsichtlich der Berechtigung des Einzelnen an dem gemeinsamen Vermögen und seiner Befugnis, über diese Berechtigung zu verfügen. Aus der Tatsache der gesamten Hand allein ergibt sich kein Verbot einer Verfügung über den Anteil, ein solches ist vielmehr ganz davon abhängig, ob in der betreffenden Gemeinschaft das personenrechtliche Verhältnis mehr im Vordergrund steht oder das sachenrechtliche [6]). Beruht das Verhältnis vornehmlich auf Vertrauen, und steht die persönliche Lebensgemeinschaft im Vordergrund, wie etwa bei der Ehe oder den ursprünglichen Erbgemeinschaften, wo die Gemeinder in einem Zimmer wohnten und an einem Tisch aßen, so ist der Anteil unveräußerlich. Anders war es schon bei den ritterlichen Ganerbschaften, da bewohnten die einzelnen Mitglieder eine besondere Burg oder doch einen besonderen Flügel in der gemeinsamen Burg [7]). Auch bei den fürstlichen Erbverbrüderungen bestand kein Anlaß, eine Veräußerung mit Zustimmung der übrigen Gemeinder nicht anzuerkennen. Noch stärker kam die Selbständigkeit des Einzelnen in der Verfügung über seinen Anteil zum Ausdruck bei Gemeinschaftsformen, in welchen die Verbundenheit der Personen nur dem Zwecke der Vermögensgemeinschaft diente, wie bei den zahlreichen, stark sachenrechtlich aufgebauten Gemeinschaftsformen des alten deutschen Rechts, so den Gewerkschaften zur Ausnützung von Salz- und Bergwerksgerechtigkeiten [8]), den Mühlengenossenschaften und der

[4]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 452, Schönfeld in RG. Festschrift II S. 247
[5]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 353.
[6]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 347.
[7]) Beseler, Privatrecht S. 231.
[8]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 46.

Reederei [9]). Auch bei den Deichgenossenschaften stand die vermögensrechtliche Seite stark im Vordergrund [10]). In all diesen Fällen war die Mitgliedschaft veräußerlich und zwar, je nach der Maßgeblichkeit der persönlichen Beziehungen, entweder nur mit Zustimmung aller Gemeinder, oder war diesen ein Vorkaufsrecht eingeräumt, oder bestand gar vollständig freie Veräußerlichkeit, wie das ja auch noch heute bei der Erbengemeinschaft der Fall ist (§ 2033 BGB.).

II. Das Vermögen.

Die gesamte Hand äußert eine dingliche Wirkung insofern, als sie die ihr unterliegenden Vermögensstücke zu einer Einheit zusammenschließt. Dies erklärt sich unschwer aus der Geschichte der gesamten Hand, deren Objekt ursprünglich ein von mehreren Erben zu bewirtschaftender Hof war. Dieser Hof bildete mit allem, was dazu gehörte, eine Einheit, wie uns dies heute im Erbhofrecht wieder eindringlich vor Augen geführt wird.

Dieser Gedanke der Einheit des der Personengemeinschaft zustehenden Vermögens wurde im Gesellschaftsrecht beibehalten. Im Gegensatz zum römischen Recht war ein solcher Zusammenschluß von körperlichen und unkörperlichen Sachen zu einer als Rechtsgegenstand anerkannten Vermögenseinheit im deutschen Recht keine seltene Erscheinung [11]). Dieses Gesellschaftsvermögen ist abgeschieden von dem übrigen Gut der einzelnen Gesellschafter und bildet ein zweckgebundenes Sondervermögen, das eine im Wechsel seiner Bestandteile verbleibende Einheit bildet [12]).

Bei Schaffung des BGB. gelang es nur sehr schwer, dieser Auffassung gegenüber dem herrschenden römischen Vermögensbegriff zum Siege zu verhelfen. Der Entwurf I kannte solche Sachgesamtheiten nicht. Dem Individualismus im Personenrecht entsprach im Sachenrecht eine streng atomistische Auffassung. Auch dagegen kämpfte Otto von Gierke an [13]). Während aber sein Kampf im Gesellschaftsrecht zu einem vollen Erfolg führte, fand er mit seiner Forderung, eine lebensvolle Einheit von Einzelgegenständen zu einer Sachgesamtheit zusammenzuschließen, weniger Gehör. Nur bei der Regelung der Gesamthandverhältnisse drang er mit seiner Forderung auch in dieser Hinsicht durch. Bei der Beratung des Abschnittes über das Gesellschaftsrecht wurde allerdings die Frage der Rechtsobjektivität des Gesellschaftsvermögens zwar angeschnitten, aber nicht entschieden [14]). Dagegen kam bei der Beratung

[9]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 359 ff.; Genossenschaftsrecht Bd. I S. 965 ff.; Bd. II S. 954; Privatr. Bd. I S. 678 ff.
[10]) Jul. v. Gierke, Deichrecht I S. 241.
[11]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 365.
[12]) Gierke, Privatrecht III S. 842.
[13]) Personengemeinschaften S. 100 ff.
[14]) Protokolle II. Lesung Bd. II S. 430.

der Erbengemeinschaft die Auffassung, welche bei der Schaffung des BGB. zu Grunde gelegt wurde, klar zum Ausdruck. Dort [15]) wurde als Ansicht der Mehrheit ausgeführt: „Bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand bestehe die Gemeinschaft nicht an allen Gegenständen des Vermögensganzen, das Verhältnis sei vielmehr ein einheitliches und die einzelnen Objekte kämen nur als Bestandteile des Ganzen in Betracht". Bei der Regelung des Gesellschaftsverhältnisses wurde diese Auffassung nicht etwa abgelehnt, es sollte vielmehr nur eine Entscheidung der wissenschaftlichen Frage nach dem Wesen der gesamten Hand vermieden, andererseits aber ihre Wirkung möglichst deutlich und verständlich dargestellt werden [16]). Im Gesetz fand diese Auffassung dann auch ihren Ausdruck (§ 718 BGB.). Dieses Gesellschaftsvermögen stellt den sachlichen Niederschlag der Personeneinheit dar [17]).

Im BGB. wird also ein einheitliches Herrschaftsrecht der Gesamtheit der Gesellschafter an den zu einem einheitlichen Ganzen zusammengeschlossenen Einzelgegenständen anerkannt [18]). Da nun § 105 HGB. auf die Vorschriften des BGB. verweist, und die oHG. lediglich durch eine folgerichtigere Ausgestaltung des Gesamthandgrundsatzes ausgezeichnet ist, muß auch für die oHG. ein rechtlich selbständiges Sondervermögen zugestanden werden.

III. Der Anteil am Gesellschaftsvermögen.

Eigentümer sind also die in der oHG. zusammengeschlossenen Gesellschafter. Man kann daher nicht den einzelnen Gesellschafter als Eigentümer bezeichnen, weder ganz, noch zum Teil. Andererseits ist, wie bereits dargelegt wurde, die oHG. keine juristische Person. Wenn nun das Gesetz (§ 124 HGB.) der oHG. die Fähigkeit zuschreibt, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, so läßt sich das nur aus der Unterscheidung von Rechtsperson und Rechtssubjekt erklären [19]). Die oHG. bildet zwar formal juristisch eine Einheit, ein Rechtssubjekt, kann daher auch nur formal Trägerin von Rechten sein, sie ist das auch, insofern als ihr das Eigentumsrecht an den einzelnen Vermögensgegenständen zusteht. Dem materiellen Gehalt nach ist sie aber Vielheit, daher steht auf der Innenseite, das zu einer Einheit zusammengeschlossene Vermögen materiell den Teilhabern zu. Diese Beteiligung im Innenverhältnis stellt sich dar als anteilsmäßige Mitberechtigung der Gesellschafter am Gesellschafts-

15) Protokolle II. Lesung Bd. V S. 838.
16) Protokolle II. Lesung Bd. II S. 433.
17) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 456.
18) Gierke, Arch. f. bürg. Recht 19 S. 124. Privatrecht II S. 63. III S. 842. Schönfeld in RG-Festschrift II S. 226, 249. Leonhard § 371. Endemann I § 50 Anm. 14. III § 109 Anm. 9. A. A. Die herrsch. Lehre: v. Tuhr I § 18 VI. Binder, Rechtsstellung III S. 10. Dür. Hach. II 1 allgem. Anm. 25. Jörges ZHR. 49, 177. Heinsheimer, Teilhaberschaft S. 28.
19) Schönfeld in RGFestschr. II S. 225. Affolter in Arch. f. bürg. R. 35, 288 ff.

vermögen. Das Anteilsprinzip ist zwar aus der gesamten Hand, nicht aber aus den Gemeinschaften zur gesamten Hand verbannt[20]). Die Anteile ergreifen das Gesellschaftsvermögen selbst, sie sind nicht etwa bloße Mitgliedschaftsrechte, das ergibt sich aus dem Unterschied zwischen Gesamthand und Verbandsperson. Sie sind aber auch wohl zu unterscheiden von der im BGB. als Regel anerkannten Mitberechtigung nach Bruchteilen[21]). Sie sind eine Folge der Teilhaberschaft an dem Personenverband, und wie die Gesamtheit nicht die Summe der Mitglieder ist, der einzelne Gesellschafter daher nicht einen Bruchteil des Ganzen darstellt, so ist auch der Anteil des einzelnen Gesellschafters nicht ein Bruchteil des ganzen Vermögens. Die gesamthänderische Mitberechtigung ist daher nach Quoten nicht geteilt und nicht teilbar[22]). Die Anteile ergreifen vielmehr das Gesellschaftsvermögen als Ganzes und äußern sich nur durch ihr Zusammenwirken in Form einer Gesamtzuständigkeit an diesem. Die einzelnen Gesellschafter sind lediglich durch die Mitberechtigung ihrer Mitgesellschafter in der Berechtigung am Gesellschaftsvermögen beschränkt, insofern als nur der Gesamtwille zur Verfügung über dasselbe befähigt ist[23]). Die einzelnen Gegenstände werden nur mittelbar ergriffen[24]), an ihnen können keine Anteile bestehen, weil der Gegenstand des gemeinsamen Habens das Vermögen als Ganzes ist[25]).

Wenn nun auch in § 719 I BGB. (wie auch in den §§ 1442 I, 2033 II) trotzdem von einem Anteil des Gesellschafters an den einzelnen Gegenständen des Vermögens die Rede ist, dann doch nur, um die notwendige Folgerung aus dem Nichtbestehen zu ziehen, nämlich daß darüber nicht verfügt werden kann, ohne auf das Prinzip der gesamten Hand unmittelbar zu verweisen. Diese Folgerung sollte „an geeigneter Stelle zum Ausdruck gebracht werden"[26]). Ob dies auch in geeigneter Form geschah, ist allerdings recht zweifelhaft. Keinesfalls aber darf aus dieser verfehlten redaktionellen Fassung ein Schluß auf das Bestehen solcher Anteile gezogen werden.

[20]) Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 677.

[21]) RG. 83, 314.

[22]) So die Lehre von der ungeteilten Mitberechtigung: Gierke bei Holtzend. Kohler III § 37/1 b. Arch. f. bürg. R. 19 S. 125. Genossenschaftstheorie S. 339 ff. Planck, Vorbem. vor § 705. Oertmann § 718 A. 2. Feine GmbH. S. 267. Knoke in Arch. f. bürg. R. 20, 176. So jetzt auch Binder, Problem S. 81 f. Ferner das RG. in ständ. Rspr. vgl. Bd. 56, 206. 65, 227. 83, 314. 93, 294. 120, 334. JW. 1927 S. 2117.

A. A. Wieland § 50 a II. Jörges ZHR. 49, 177 ff. Heck, Schuldrecht S. 372. Früher Binder, Rechtsstellung III S. 19.

Wieder anders Sohm, Gegenstand S. 71. (Anteile kraft Personenrechts).

[23]) v. Tuhr I S. 352.

[24]) Gierke, Deutsches Privatrecht II S. 389.

A. A. die herrsch. Lehre. Vgl. Sohm, Gegenstand S. 68. Dür. Hach. II 1 Anm. 25. Planck § 729 A. 1. Kaufmann S. 51. Oertmann § 719 A 5.

[25]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 497. Deutsches Privatrecht III S. 844. Schönfeld in RGFestschr. II S. 226.

[26]) Protokolle II. Lesung Bd. II S. 433. Knoke in Arch. f. bürg. R. 20 S. 177.

Nach Gierke[27]) soll dieser Anteil bei der oHG. lediglich ein durch einen Geldbetrag ausgedrückter Wertanteil am Vermögen als Ganzem sein und als Kapitalanteil bezeichnet werden. Diese Ansicht ist unter der Herrschaft des HGB. nicht mehr recht verständlich. Im AHGB. war tatsächlich in dem Art. 106, welcher dem jetzigen § 120 entspricht, die Rede von dem „Anteil am Gesellschaftsvermögen". Auf die Bedenken Staubs[28]) wurde aber im HGB. der mißverständliche Ausdruck durch „Kapitalanteil" ersetzt, um eine Verwechslung dieser Begriffe zu vermeiden[29]).

IV. Der Kapitalanteil.

Der Kapitalanteil ist nämlich nur eine Rechnungsgröße, mit Hilfe deren gemäß § 121 HGB. am Schlusse des Geschäftsjahres die dem einzelnen Gesellschafter zustehenden Zinsen berechnet werden. Er besteht zu Beginn des Gesellschaftsverhältnisses aus der Einlage und vermehrt sich um die weiteren Einlagen und um den Anteil des Gesellschafters am Gewinn, er vermindert sich durch Geldentnahme und um den Anteil des Gesellschafters am Verlust der Gesellschaft. Er ist also zahlenmäßig und verhältnismäßig veränderlich. Wenn er auch im allgemeinen, verglichen mit dem Kapitalanteil der anderen Gesellschafter, die verhältnismäßige wirtschaftliche Beteiligung des Einzelnen am Unternehmen zum Ausdruck bringt[30]), so bezieht er sich doch nicht auf das Vermögen der Gesellschaft als solchem, so wenig als eine Aktie eine dingliche Beziehung des Inhabers zum Vermögen der AG. zum Ausdruck bringt[31]). Im Falle der Auseinandersetzung bildet er regelmäßig den Verteilungsschlüssel (§ 155 HGB.) und drückt aus, was der Gesellschafter im Falle seines sofortigen Austritts aus der Gesellschaftskasse zu fordern, beziehungsweise einzuschießen hätte. Mit Recht weist aber Staub darauf hin, daß er diese Bedeutung gar nicht haben müsse, denn bei der Auseinandersetzung sind für die Aufstellung der Bilanz nicht dieselben Gesichtspunkte maßgebend, wie während der Dauer der Gesellschaft. Die Jahresbilanz vermag oft kein richtiges Bild von dem Verhältnis der Beteiligungen der einzelnen Gesellschafter am Unternehmen zu geben[32]).

V. Das Auseinandersetzungsguthaben.

Von dem Kapitalanteil, aber auch von dem Anteil am Gesellschaftsvermögen, ist also noch das Auseinandersetzungsguthaben zu unterscheiden. Dieses

---

27) Genossenschaftstheorie S. 497. Bei Holtzend. Kohler III § 382 c. Aehnlich Behrend § 66 II 1.
28) Staub 5. Aufl. zu Art. 106.
29) Denkschrift S. 95.
30) RG. 117, 242. R. Finanzhof in JW. 1934 S. 2942/2.
31) Dür. Hach. II 1 Allg. Anm. 37.
32) RG. 117 S. 242.

stellt einen gegenwärtigen Anspruch des einzelnen Gesellschafters gegen die Gesellschaft dar, der allerdings dem Betrage nach erst geltend gemacht werden kann, wenn er im Auseinandersetzungsverfahren (§§ 145 ff. HGB.) festgestellt worden ist[33]). Es ist der Anspruch auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt, tritt also erst dann in Erscheinung, wenn die Gesellschaft nicht mehr besteht. Verliert ein Gesellschafter seine Stellung als solcher trotz Fortbestands der Gesellschaft, so erscheint es in Form des Abfindungsguthabens. Daß er mit dem Anteil am Gesellschaftsvermögen nicht zu verwechseln ist, ergibt sich aus dem Gesetz (vgl. § 717 S. 2 mit § 719 I BGB.). Auch es kann gleich null sein, obgleich ein Vermögen der Gesellschaft vorhanden ist, an dem der betreffende Gesellschafter Teil hat.

VI. Zu Mißverständnissen könnte die Fassung des § 859 ZPO. und des § 725 BGB. führen. Dort wird der Anteil eines Gesellschafters an dem Vermögen der Gesellschaft der Pfändung unterworfen. In Wirklichkeit betrifft aber diese Pfändung den dinglichen Anteil am Gesellschaftsvermögen überhaupt nicht, da dieser von der Stellung als Gesellschafter untrennbar ist, der Pfandgläubiger aber zweifellos nicht Gesellschafter wird[34]). Solange sein Schuldner noch Gesellschafter ist, kann der Pfandgläubiger nur seinen Gewinnanspruch geltend machen, und nach seinem Ausscheiden hat der Schuldner keinen Anteil mehr an dem Vermögen der Gesellschaft, sondern nur noch einen Abfindungsanspruch oder ein Auseinandersetzungsguthaben. Das Pfandrecht umfaßt also nur das, was nach § 717 S. 2 BGB. übertragen werden kann, außerdem steht dem Pfandgläubiger ein Kündigungsrecht zu (§ 725 I BGB.). Bei der Pfändung des Anteils am Gesellschaftsvermögen handelt es sich also in Wirklichkeit nur um eine Pfändung des Gewinnanteils und Auseinandersetzungsguthabens[35]). Das HGB. drückt sich hier genauer aus, es spricht in § 135 nur von einer Pfändung dessen, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt und gibt dem Gläubiger, um ihm die Verwirklichung seines Rechtes zu ermöglichen, ein Kündigungsrecht. Es kann aber keine Rede davon sein, daß dem Gläubiger diese Möglichkeit und eine Pfändung des Anteils nach § 859 ZPO. wahlweise zustehen würde. Vielmehr wird bei der oHG. die in § 859 ZPO. vorgesehene Pfändung unter den in § 135 HGB. aufgestellten Voraussetzungen und mit den dort angegebenen Folgen durchgeführt[36]).

---

[33]) RG. 60 S. 130.

[34]) Baumbach § 859 A. 1. Dür. Hach. II 1 Allg. Anm. 33. RG. 60, 131. 95, 231.

[35]) Stein/Jonas § 859 I 2. Seuffert/Walsmann § 859 1 a. Schroth S. 190. RG. 95, 231. A. A. v. Tuhr S. 362 f.

[36]) Förster/Kann § 859 A. 2. v. Tuhr S. 364 A. 57. A. A. Dür. Hach. § 135 A. 4.

§ 4.

Die oHG. als personenrechtliches Vertragsverhältnis.

Da die gesamte Hand, deren Wirkungen in vermögensrechtlicher Hinsicht eben beschrieben wurden, keine Rechtseinrichtung, sondern ein Rechtsprinzip ist, bedarf sie, um wirksam werden zu können, der Verwirklichung in einem Rechtsverhältnis. Dieses Rechtsverhältnis kann insbesondere nach zwei Richtungen hin verschieden ausgestaltet sein. Es ist möglich, daß die vermögensrechtliche Seite im Vordergrund steht, so daß das Rechtsverhältnis dazu dienen soll, ein vorhandenes Vermögen in Beziehung zu verschiedenen an ihm berechtigten Personen zu bringen, wie das bei der Erbengemeinschaft und wie wir später sehen werden, z. T. auch der KG. der Fall ist. Nach ganz anderen Richtlinien ist die oHG. gestaltet. Dies bringen schon die ersten Worte des § 105 HGB., welcher die gesetzliche Regelung der oHG. einleitet, klar zum Ausdruck. Die oHG. dient dem Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma. Das gemeinsame Vermögen ist nur eines von vielen Mitteln zur Verwirklichung dieses Zweckes, welcher vor allem erreicht werden soll durch die Zusammenarbeit einer, zu einer personenrechtlichen Vereinigung zusammengefaßten Vielheit von Einzelmenschen.

Das Bestehen einer solchen Vereinigung ist abhängig von dem freien Willen der Beteiligten. Der Bestand der oHG. beruht auf der schöpferischen Kraft des freien Willens, dieser ist die Quelle dieser Verbundenheit [1]). Zum Ausdruck kommt dieser Wille im Gesellschaftsvertrag, auf ihn ist das ganze Rechtsverhältnis aufgebaut, er bewirkt im Einzelfall die Zusammensetzung der Personeneinheit und bringt die geschilderten Folgen hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens unter den Gesellschaftern notwendigerweise mit sich. Im Einzelnen kann die Art und die Form der gesellschaftlichen Zusammenarbeit durch diesen Vertrag weithin geregelt werden, aus der Natur der oHG. ergeben sich aber Grenzen, die nicht überschritten werden dürfen. Die Grenzen sind zum Teil im Gesetz ausdrücklich festgelegt, zum Teil aber müssen sie an Hand des Gesetzes aus der Natur der oHG. abgeleitet werden.

Ihr besonderes Gepräge erhält die Gemeinschaftsform der oHG. durch die Art des Zusammenwirkens der Beteiligten. Die unbeschränkte und unbeschränkbare Haftung aller Gesellschafter für die Schulden der Gesellschaft (§ 105 HGB.) führt zum Einsatz des vollen wirtschaftlichen Seins jedes einzelnen. Dem entspricht das Recht und die Pflicht eines jeden zur Führung der Geschäfte (§ 114 HGB.) und zur Vertretung der Gesellschaft nach außen (§ 125 HGB.). Die Befugnis zur Geschäftsführung kann einem Gesellschafter, außer bei vertraglicher Vereinbarung, nur durch gerichtliche Entschei-

[1]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 468.

dung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes entzogen werden. Aber auch der von der Geschäftsführung ausgeschlossene Gesellschafter vermag noch einen starken Einfluß auf die Entwicklung der oHG. zu nehmen [2]). Die Verbundenheit der Gesellschafter mit dem Unternehmen bringt § 112 HGB. zum Ausdruck, wonach ihnen verboten ist, im Handelszweig der Gesellschaft auf eigene Rechnung Geschäfte zu machen. Ueber allem aber steht die Vorschrift des § 105 HGB., welche die Gesellschafter verpflichtet, die Erreichung des gemeinsamen Zweckes zu fördern.

Alle diese Vorschriften zeigen, wie sehr der einzelne Gesellschafter mit der Gesellschaft und damit mit den anderen Gesellschaftern verbunden ist. Bei keiner anderen Gesellschaftsform spielt die Persönlichkeit jedes einzelnen Gesellschafters die überragende Bedeutung wie bei der oHG. Der Einsatz des ganzen Vermögens wird nur auf Grund eines zwischen den Beteiligten bestehenden Vertrauensverhältnisses erfolgen. Nur dann wird jemand zu anderen in eine solch enge Berufsgemeinschaft treten, wenn er die Gewähr dafür hat, mit diesen gedeihlich zusammenarbeiten zu können, wenn er davon überzeugt ist, daß alle Beteiligten den Willen und die Fähigkeit zu einer Förderung des Unternehmens aufbringen. Nur wer glaubt, auf menschliche Werte, geschäftliche Tüchtigkeit und geordnete wirtschaftliche Verhältnisse eines anderen sich verlassen zu dürfen, wird wagen, mit diesem eine sein ganzes Vermögen ergreifende Haftungsgemeinschaft einzugehen. Die innere Grundlage für den Abschluß eines solchen Vertragsverhältnisses ist also das Vertrauen auf die Persönlichkeit der übrigen Beteiligten, mit welchen eine Verbindung auf Gedeih und Verderb eingegangen wird. Die Lebensschicksale der Gesellschafter untereinander und der einzelnen Gesellschafter mit der Gesellschaft werden so eng miteinander verflochten, daß man das Verhältnis schon mit einer Ehe verglichen hat [3]). Wie bei dieser wird in einer für die Dauer des ganzen Lebens angelegten Weise eine gegenseitige Beziehung geschaffen, kraft deren die Handlungsmöglichkeit des Einzelnen weitgehend eingeschränkt, auf der anderen Seite aber sein Tätigkeitsbereich ungemein erweitert und bereichert wird. Während der Dauer des Gesellschaftsverhältnisses besteht eine äußerst wirksame Beschränkung und Durchdringung der Persönlichkeitsbereiche der verschiedenen zu einer Personenmehrheit zusammengeschlossenen Einzelwesen [4]). So ist die gegenseitige Bekanntschaft und das daraus folgende Vertrauensverhältnis zwischen den Gesellschaftern der Hauptgrundsatz, nach dem sich die Vorschriften über die oHG. gebildet haben, unter diesem Gesichtspunkt sind diese Vorschriften auch zu verstehen und auszulegen [5]).

---

[2]) Dür. Hach. § 130 A. 2. Vgl. insbes. die §§ 108, 116 II, 118 HGB.
[3]) Gierke, in Arch. f. bürg. R. 19 S. 120.
[4]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 452.
[5]) Viezens in ZHR. 35, 93.

§ 5.

Der Gesellschaftsvertrag.

Die oHG. entsteht durch Abschluß eines Gesellschaftsvertrags, welcher gerichtet ist auf den gemeinschaftlichen Betrieb eines Handelsunternehmens unter gemeinsamer Firma, bei unbeschränkter Haftung jedes Gesellschafters gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Es braucht hier nicht auf die sehr umstrittene Frage eingegangen werden, ob es sich um einen gegenseitigen Vertrag handelt, ob also die §§ 320 ff. BGB. zum Zuge kommen, oder ob sie keine oder nur entsprechende Anwendung finden [1]). Denn auch wenn man sich grundsätzlich für die Anwendbarkeit entscheidet, so ergeben sich doch gewisse Besonderheiten aus dem Unterschied zwischen gewöhnlichen gegenseitigen Verträgen, denen eigentümlich ist, daß die Leistung des einen Teils den Gegenwert für die Leistung des anderen bildet, deren Ziel und Zweck eben die von dem anderen Teil versprochene Gegenleistung ist [2]), und dem Gesellschaftsverhältnis, bei dem ein derartiger Austausch von Leistungen nicht stattfindet, vielmehr durch Leistung des Beitrags (in welcher Form auch immer) an der Erzielung des gemeinsamen Erfolges mitgearbeitet werden soll. Die Leistungen brauchen sich dann ihrem Wert nach durchaus nicht zu entsprechen. Der erzielte Gewinn insbesondere ist nicht ein Ausgleich für eine Leistung, sondern stellt einen Teil des durch die gemeinsame Arbeit erzielten Erfolges dar. Der Erfolg bildet den Anreiz zum Abschluß des Gesellschaftsvertrags, nicht ein wertmäßiger Unterschied zwischen zwei Leistungen. Dieser Erfolg soll durch die Schaffung einer Gemeinschaft erreicht werden. So wird durch den Gesellschaftsvertrag nicht nur ein Schuldverhältnis, sondern zugleich auch eine rein rechtlich geregelte Personengemeinschaft begründet.

Wenn von Gesellschaftsvertrag die Rede ist, kann zweierlei darunter verstanden werden. Einmal die übereinstimmende Willenserklärung darüber, daß sich die Vertragschließenden zu einer oHG. vereinigen wollen, ferner auch die Regelung dieses Rechtsverhältnisses, also die Einigung über die Ausgestaltung und den Aufbau dieser Gesellschaft. Beides wird als Gesellschaftsvertrag bezeichnet und in den meisten Fällen in einen Vorgang zusammenfallen. Es ist aber auch eine Gründung möglich, bei der die Ausgestaltung einer späteren Vereinbarung vorbehalten bleibt [3]). Auch kommt es häufig vor, daß bei einer bestehenden Gesellschaft die Regelung des Gesellschaftsverhältnisses abgeändert

---

[1]) Für eine Anwendung: Dür. Hach. II 1 Allg. Anm. 42. Heck, Schuldrecht S. 376 f. Enneccerus/Lehmann § 396 III. Oertmann § 705 A. 4. Knocke, Recht der Gesellschaft S. 42. RG. 78, 305. 112, 283 u. ö.

Dagegen: Wieland § 37 III. Endemann I § 181 A. 10.

[2]) Cosack I § 85 I 2 a.

[3]) RG. in Recht 1914 Nr. 2309. Dür. Hach. II 1 Allg. Anm. 41.

werden soll. Der erste, also der die Gesellschaft gründende Vertrag wird dann aufrecht erhalten, die Gesellschaft bleibt nach dem Willen der Gesellschafter als die alte bestehen, nur ihre innere Ordnung wird geändert. Zu einer solchen Aenderung ist dann grundsätzlich Einstimmigkeit erforderlich, auch sie wird als Gesellschaftsvertrag bezeichnet [4]).

Hier ist vorerst von dem Gründungsvertrag die Rede. Er bedarf keiner Form, kann also auch mündlich oder durch eine in schlüssiger Handlung sich ausdrückenden Willensübereinstimmung zu Stande kommen [5]), nur darf über die Art der Beteiligung des einzelnen Gesellschafters kein Zweifel bestehen [6]). Einer bestimmten Form bedarf er nur, wenn er mit einem formbedürftigen Rechtsgeschäft untrennbar verbunden ist [7]), er ist das beispielsweise, wenn durch ihn ein Gesellschafter sich verpflichtet, ein Grundstück einzubringen.

Ueber den Zeitpunkt der Entstehung der oHG. entscheidet der Vertragswille [8]). Sind mehr als zwei Personen beteiligt, und erfolgt der Vertragsschluß nicht in einem Akt zwischen allen künftigen Mitgliedern, so ist, falls im Vertrag nicht ein späterer Zeitpunkt festgelegt ist, für die Entstehung der oHG. der Zeitpunkt der Willenseinigung mit dem letzten Beteiligten maßgeblich. Sollte diese Beitrittserklärung in die Form einer Genehmigung gekleidet sein, so muß sie im Wege der Auslegung als eigener Vertrag und letzter Akt der Gesellschaftsgründung gedeutet werden. Es ist einer solchen Erklärung also keine rückwirkende Kraft beizumessen, wenigstens nicht was den Bestand der oHG. anbelangt, sie ist allenfalls als Genehmigung der inzwischen von den anderen Gesellschaftern abgeschlossenen einzelnen Geschäfte anzusehen.

Wenn so auch die oHG. durchaus auf dem Willen der Gesellschafter beruht, so ist dieser Wille doch aus dem Wesen der oHG. heraus an unverrückbare Schranken gebunden. Diese ergeben sich besonders aus dem personenrechtlichen Charakter der oHG. Durch die personenrechtlichen Bindungen wird der Einzelne in seiner Handlungsfreiheit stark beschränkt, die ganze Persönlichkeit wird in bestimmter Richtung zugeordnet, den Mitgesellschaftern wird eine sehr wirksame Möglichkeit eingeräumt, auf die Lebensschicksale eines in dieser Weise Gebundenen einzuwirken. Das berechtigt und fordert eine gewisse Abkehr von der im Schuldrecht anerkannten Vertragsfreiheit. Soweit ein Vertrag personenrechtlicher Natur ist, fällt er aus dem Recht der Schuldverhältnisse heraus, auch wenn er im BGB. unter diesem Titel geregelt ist. Diese bindende Regelung finden wir überall, wo personenrechtliche Verhältnisse geordnet sind, besonders bei der Ehe, welcher schon im BGB. eine besondere Regelung zu Teil wurde. Aber auch im Arbeitsrecht, dessen personenrechtlicher Charakter all-

[4]) Biezens in ZHR. 35, 95 (sehr eingehend).
[5]) RG. 7, 164. ROHG. 9, 283. Dür. Hach. § 105 A. 18.
[6]) RG 15, 21.
[7]) RG. 68, 260. 109, 380.
[8]. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 471.

mählich immer mehr anerkannt wird [9]), vermehrt sich fortdauernd die Zahl der unabdingbaren Vorschriften. Die oHG. hat allerdings nicht die weitgehende Bedeutung wie Ehe und Dienstvertrag, aber es darf nicht vergessen werden, daß er der am meisten auf dem Verantwortungsbewußtsein und der Persönlichkeit der Beteiligten aufgebaute Gesellschaftsvertrag ist, er muß deshalb von unserem heutigen Rechtsdenken aus als d e r Gesellschaftsvertrag der Zukunft angesprochen werden. Soweit der Umfang des Unternehmens nicht eine breitere und damit notwendigerweise rein kapitalistische Grundlage erfordert, welchem Erfordernis dann die AG. gerecht wird. Sowohl die Bedürfnisse der Einzelnen als auch die Belange der Allgemeinheit verlangen daher gewissenhafteste Ueberlegung bei der Beurteilung von Rechtsverhältnissen der oHG. Nur das kann als mit ihrem Wesen vereinbar gelten, was ihrem besonderen Aufbau als einem echten personenrechtlichen Vertragsverhältnis nicht widerspricht. An diese festen Schranken bindet die Rechtsordnung die Willensmacht des Einzelnen, und der freie Wille kann nur so weit rechtsgestaltend wirken, als die Rechtsordnung ihm das erlaubt. Es ist daher in weitem Umfang nur das Ob eines Vertragsschlusses dem Vertragsbelieben anheimgegeben, nicht aber die Ausgestaltung dieses Verhältnisses, das Wie des Bestandes [10]).

§ 6.

Die Mitgliedschaft.

Das einheitliche Rechtsverhältnis, kraft dessen eine Person Glied einer Gesellschaft ist, und aus welchem alle Rechte und Pflichten der Gesellschaft und den Mitgesellschaftern gegenüber fließen, nennen wir die Mitgliedschaft. Sie ist kein subjektives Recht [1]), denn der Begriff des subjektiven Rechts ist ein zu enger Mantel für die Fülle von Rechtsbeziehungen, welche sich aus der Mitgliedschaft entwickeln. Sie bildet die Grundlage für eine Reihe von Rechten und Pflichten, Möglichkeiten und Beschränkungen und ist so ein Zustand tatsächlicher und rechtlicher Einordnung und Verknüpfung der eigenen Verhältnisse mit denen anderer, in der Gesellschaft zusammengeschlossener Personen [2]). Ihrem eigentlichen Wesen nach trägt so die Stellung als Glied einer Gemeinschaft organschaftlichen Charakter, insofern als der Einzelne an ihrer

[9]) Siebert in D. Arb. R. 1935, 95 ff., JW. 1935 S. 2872. RG. JW. 1935 Seite 2877.

[10]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 469

[1]). Dür. Hach. II 1. Allg. Anm. 90 e. A. A. Planck § 717 A. 1. (Sie sei ein höchstpersönliches Recht).

[2]) RG. 16, 59.

Verwirklichung beteiligt ist[3]), sie bedeutet also auch nicht Rechtsmacht, deren Gegenstand die Gemeinschaft wäre, sondern Wirken innerhalb dieser, was dem Einzelnen eben um seiner Eigenschaft als Person willen zukommt. Die Gliedperson beherrscht nicht die Gemeinschaft, sondern sie gestaltet sie.

Wenn so die Gliedstellung innerhalb der Gemeinschaft selbst kein subjektives Recht ist, so ist sie doch Gegenstand eines subjektiven Rechtes[4]), denn sie steht notwendigerweise einer Person zu und kann von dieser geltend gemacht werden, auch kann auf Aufnahme in eine Gesellschaft geklagt werden.

Bedeutet so die Mitgliedschaft die personenrechtliche Stellung innerhalb einer Gemeinschaft, so ergibt sich von selbst, daß sie von den einzelnen aus ihr sich entwickelnden Rechtsfolgen zu unterscheiden ist; vor allem darf sie nicht gleichgesetzt werden mit dem „Anteil am Gesellschaftsvermögen"[5]). Dieser ist nur eine der notwendigen Begleiterscheinungen der Mitgliedschaft, aber naturgemäß auch nur dann, wenn ein Gesellschaftsvermögen überhaupt vorhanden ist. Die Mitgliedschaft ist der Inbegriff aller vermögensrechtlichen und gemeinschaftsrechtlichen Beziehungen der Gesellschafter zur Gesamtheit, sie umfaßt also neben der dinglichen Berechtigung am Gesellschaftsvermögen insbesondere noch die Herrschaftsrechte (wie Geschäftsführungs-, Vertretungs- Kontroll-, Auskunftsrechte, Widerspruchsrecht nach § 711 BGB.), und die schuldrechtlichen Ansprüche der Gesellschafter (auf Beteiligung am Gewinn, auf das, was ihnen bei der Auseinandersetzung zukommt, auf Ersatz der Aufwendungen bei Geschäftsführung, der Rückgriffsanspruch bei Bezahlung einer Gesellschaftsschuld usw.).

Die Unterscheidung von Mitgliedschaft und Anteil am Gesellschaftsvermögen ergibt sich auch daraus, daß die Mitgliedschaft ganz allgemein bei jeder Gemeinschaftsform, besonders aber bei der oHG. in erster Linie ein Pflichtenverhältnis ist. Die Treupflicht ist das Gegenstück zu dem Vertrauensverhältnis zwischen den Gesellschaftern. Sie findet in dem Anteil am Gesellschaftsvermögen ebensowenig einen Ausdruck, wie die Beitragspflicht, die Pflicht zur Leistung von Diensten, die verschiedenen Unterlassungspflichten und als die Verknüpfung des ganzen vermögensrechtlichen Seins mit der Gesellschaft durch die unbeschränkte Haftung für die Gesellschaftsschulden. Umgekehrt wie etwa bei der Reederei, wo die Mitgliedschaft eine Folge der Anteilsberechtigung ist[6]), weil die unentbehrliche Grundlage des ganzen Rechtsverhältnisses das Miteigentum an einem bestimmten Schiff bildet (§ 489 HGB.), ist bei der oHG. die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen

[3]) Schönfeld in RG.-Festschrift II S. 247.

[4]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 250. Schönfeld in RG.-Festschrift II S. 247. A. A. Heinsheimer, Teilhaberschaft S. 35.

[5]) Dies geschieht z. B. bei Sohm, Gegenstand S. 68; Planck/Siber § 719 Anm. 1; Löning/Basch/Straßmann § 719 Anm. 2.

[6]) Gierke, Privatrecht I S. 679.

eine Folge der Mitgliedschaft [7]). Daß es nicht anders ist, folgt schon daraus, daß bei der oHG. das Gesellschaftsvermögen keine wesentliche Voraussetzung für das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses ist [8]), auch können die Gesellschafter während der Dauer des Gesellschaftsverhältnisses das Vermögen unter sich aufteilen, nur hört dann die oHG. auf, ihrem augenblicklichen Bestand nach ein Gesamthandverhältnis zu sein, denn die gesamte Hand ist nur mit Rücksicht auf ein Vermögen vorstellbar.

§ 7.

Die Verfügung über das Auseinandersetzungsguthaben.

Bevor nun zur Frage der Uebertragbarkeit der Mitgliedschaft Stellung genommen wird, soll kurz die, oft denselben wirtschaftlichen Zweck verfolgende Abtretung des Auseinandersetzungsguthabens dargestellt werden.

§ 717 S. 2 BGB. gestattet ausdrücklich die Uebertragung der Ansprüche auf einen Gewinnanteil und auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt. Durch diese Vorschrift soll es dem Gesellschafter ermöglicht werden, während seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft über einen Teil des Wertes seiner Mitgliedschaft frei zu verfügen. Es wurden die Rechte herausgegriffen, bei denen die Person desjenigen, der sie geltend macht, nicht von Bedeutung ist. Durch diese Abtretung erhält der Erwerber einen Anspruch auf den wirtschaftlichen Wert der Beteiligung, obgleich der Anteil am Gesellschaftsvermögen selbst nicht auf ihn übergehen kann.

Diese Vorschrift hat ihren geschichtlichen Vorgang in A.Pr.L.R. I 17 Art. 217, dort werden ausdrücklich demjenigen, welchem der Anspruch auf den Gewinn abgetreten wird, die Rechte und Pflichten eines Mitglieds abgesprochen. Art. 98 II AHGB. spricht von der Abtretung des Anteils, damit ist aber nichts anderes gemeint, als die Abtretung des Auseinandersetzungsguthabens. Auch hier werden dem Erwerber die Rechte eines Gesellschafters versagt, ausdrücklich wird betont, daß er nicht berechtigt sei, Einsicht in die Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft zu nehmen.

Der durch die Abtretung des Gewinnanspruchs Begünstigte hat gegen die Gesellschaft einen Anspruch auf Auszahlung des auf Grund der gesetzlichen oder vertraglichen Vorschriften von der Gesellschaft errechneten Gewinns.

---

7) Gierke, a.a.O. RGRK. 719 A. 1.
A. A. Pisko, Unternehmen S. 243.

8) Staub § 105 A. 28. Lehmann/Höniger I § 58/1. Dür. Hach. II 1. Allg., Anm. 301 ff. RG. 77, 226. 80, 270. JW. 1919 S. 933 f. (Für die Gesellschaft des BGB. auf welche aber in dieser Hinsicht dieselben Grundsätze Anwendung finden wie für die oHG.).

Er selbst ist bei dieser Feststellung nicht beteiligt, es steht ihm auch kein Recht auf Prüfung des Gesellschaftsvermögens und keine Einsicht in die Geschäftsbücher zu [1]), er kann nur die Vorlage einer Endabrechnung verlangen, denn die inneren Geschäftsverhältnisse brauchen einem Außenstehenden nicht offengelegt zu werden. Auch steht es völlig im Belieben der Gesellschaft, ob sie einen Gewinn erzielen will oder nicht, sofern sie durch Untätigkeit nur nicht gegen § 826 BGB. verstößt [2]).

Durch Abtretung des Auseinandersetzungsguthabens wird ein Anspruch auf Auszahlung des durch die Auflösung der Gesellschaft frei werdenden Wertes der Beteiligung erworben. Der Erwerber hat es aber nicht in der Hand, diesen Anspruch zu verwirklichen, denn grundsätzlich hat nur der Gesellschafter das Recht, die Gesellschaft zu kündigen. Auch dieses Recht kann ihm mit dem Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben nicht abgetreten werden [3]). Fällig wird der Betrag erst nach seiner Feststellung durch die Liquidatoren [4]). Sowohl vom Gewinnanspruch, als auch vom Auseinandersetzungsguthaben kann jeweils auch nur ein Teil abgetreten werden.

An die Stelle einer solchen Abtretung, bei welcher der Begünstigte immerhin noch in eine gewisse Beziehung zur Gesellschaft tritt — er kann von der Gesellschaft den ermittelten Gewinn und das festgesetzte Auseinandersetzungsguthaben herausverlangen — kann dieser mit dem betreffenden Gesellschafter eine Untergesellschaft eingehen [5]). Dadurch entsteht keine Beziehung des Begünstigten zur Hauptgesellschaft.

Eine solche Unterbeteiligung war schon im römischen Recht anerkannt: D 17, 2, 19—22, insbesondere D 17, 2, 20 „nam socii mei socius meus socius non est". Wir finden sie auch im code civile § 1861 und im AHGB. Art. 98 II.

Auf diese Weise entsteht eine vertragliche Bindung zwischen dem Gesellschafter und dem Außenstehenden, wonach jener diesen an seinen vermögensrechtlichen Ansprüchen, insbesondere an den Gewinnmöglichkeiten aus der Beteiligung an der Hauptgesellschaft teilhaben läßt, mitunter wird er auch zur Mittragung des Verlusts verpflichtet. Durch diesen Gesellschaftsvertrag verpflichtet sich der Gesellschafter der oHG. zu Rechnungslegung und Auskunfterteilung, soweit dies mit seiner Verschwiegenheitspflicht der oHG. gegenüber vereinbar ist [6]).

---

[1]) Hueck in ZHR. 83 S. 21. Wieland I § 58 III 2. Staub § 109 Anm. 14. Dür.Hach. II 1. Allg. Anm. 33. RG. 52, 35. 90, 19. A. A. Gierke, Privatrecht III S. 839 Anm. 46. Marcus in Recht 1903 S. 425. Oertmann § 717 Anm. 3 b.

[2]) RGRK. 717 Anm. 3. Dür.Hach. II 1 Allg. Anm. 32.

[3]) Wieland § 58 Anm. 13. Dür.Hach. II 1 Allg. Anm. 35. RG. 90, 20.

[4]) Planck § 717 Anm. 2. RG. 90, 20.

[5]) Hueck ZHR. 83, 22. Dür.Hach. II 1 Allg. Anm. 364. RGRK. § 717 A. 3. Lehmann/Ring § 109 Nr. 6. RG. 67, 394 und bei Warn. 1910 Nr. 9.

[6]) ROHG. 23, 120.

Die Beteiligung kann auch so gestaltet werden, daß die Ansprüche auf Gewinnbezug und Auseinandersetzungsguthaben zum Gesellschaftsvermögen einer Untergesellschaft werden, sie stehen dann dem Haupt- und Unterbeteiligten zur gesamten Hand zu [7]). Das Geschäftsführungs- und Vertretungsrecht des Untergesellschafters ist in einem solchen Fall dadurch beschränkt, daß die gesellschaftlichen Herrschaftsrechte innerhalb der oHG. ihm nicht zustehen, es ist ihm aber nicht grundsätzlich abzuerkennen. So könnte, wenn der auf den Gesellschafter entfallende Gewinn bereits festgestellt ist, der Begünstigte ihn im Namen der Untergesellschaft geltend machen. Es ist wohl denkbar, daß dieses Recht, um seine Sicherheit zu verstärken, auf Grund vertraglicher Bestimmungen ihm allein zustehen soll.

Die Bedenken Geilers [8]) gegen eine solche Form der Beteiligung aus dem Begriff der Innengesellschaft heraus sind nicht begründet, schon deshalb nicht, weil tatsächlich beiden Beteiligten das Recht zusteht, die Gesellschaft zu vertreten, eine Innengesellschaft also gar nicht vorliegt, ganz abgesehen davon, daß es noch äußerst umstritten ist, ob wirklich Innengesellschaft und Gesamthandvermögen sich gegenseitig ausschließen [9]).

Da es sich jeweils um die Abtretung von Forderungsrechten handelt, ist diese Abtretung der vermögensrechtlichen Ansprüche an keine Form gebunden. Auch die Gründung der Untergesellschaft kann formlos geschehen.

§ 8.

Die Möglichkeit einer Aenderung im Mitgliederbestand.

Um zu der Frage der Uebertragbarkeit Stellung nehmen zu können, muß zuerst untersucht werden, ob mit dem Wesen der oHG. überhaupt eine Aenderung im Bestand der Mitglieder vereinbar ist. Einwendungen dagegen können aus der Eigenschaft der oHG. als Gesamthandgemeinschaft nicht erhoben werden. Der Gedanke einer fortdauernden gemeinschaftlichen Berechtigung an einem Gegenstand verträgt sich durchaus mit dem Hinzutreten neuer oder Abtreten alter Berechtigter. Wenn nicht gerade die Gleichheit der einzelnen Persönlichkeit von ausschlaggebender Bedeutung für den Bestand des Rechtsverhältnisses ist, kann ohne Auflösung des alten und Gründung eines neuen Gemeinschaftsverhältnisses das personenrechtliche Band mit einem bisher Verbundenen gelöst oder um einen Außenstehenden geschlungen werden. So ergibt sich die Möglichkeit eines Fortbestands der Rechtsgemeinschaft mit

[7]) Hueck in ZHR. 83, 23. Knoke, Recht der Ges. S. 40.
[8]) bei Dür.-Hach. II 1. Allg. Anm. 364.
[9]) bei Dür.-Hach. II 1. Allg. Anm. 316.

veränderter Trägerschaft [1]). Das Anteilsrecht des Gesamthänders befindet sich stets in einem Spannungsverhältnis, das auf der einen Seite das Bestreben hat zum Alleineigentum zu werden [2]). Beim Ausscheiden eines Gesamthänders wirkt sich das in Form einer Anwachsung aus, auf der anderen Seite erträgt es eine weitere Beschränkung, eine solche ergibt sich beim Eintritt eines Neuen als Abwachsung.

Die Gemeinschaften zur gesamten Hand waren entstanden in dem Bestreben, das Familiengut ungeteilt zu erhalten, es bestand daher von Anfang an kein Zweifel darüber, daß sie durch Ausscheiden eines Gemeinders (etwa durch Tod) nicht gesprengt werden sollten [3]).

Für die Erbengemeinschaft anerkennt denn auch das BGB. ausdrücklich die Möglichkeit eines Wechsels in der Person des gesamthänderisch Berechtigten (§ 2033 BGB.).

Bedenken ergeben sich aber aus der Ausgestaltung, welche die personenrechtliche Seite des Verhältnisses bei der oHG. gefunden hat. Es wurde bereits darauf hingewiesen, welche Bedeutung der Persönlichkeit des einzelnen Gesellschafters bei der oHG. zukommt. Es wurde deshalb auch die Ansicht vertreten, der Eintritt neuer Gesellschafter in eine bereits bestehende oHG. sei rechtlich unmöglich. Eine solche sei nur in der Form denkbar, daß die alte Gesellschaft aufgelöst, und auf Grund eines neuen Gesellschaftsvertrags eine neue Gesellschaft gegründet werde [4]). Das eben sei der Unterschied zwischen einem Verein ohne Rechtsfähigkeit und einer Gesellschaft, daß jener eine Gesellschaft mit der Möglichkeit eines Mitgliederwechsels darstelle [5]), der Gesellschaft ein solcher also notwendigerweise versagt bleiben müsse. Binder beruft sich zum Beweis für seine Behauptung auf die Entstehungsgeschichte der §§ 54 und 736 BGB. Daran ist allerdings richtig, daß im 1. Entwurf die Gesellschaft im Anschluß an das römische Recht als rein schuldrechtliches und höchstpersönliches Vertragsverhältnis geregelt wurde. Der Fortbestand der Gesellschaft trotz Tod, Kündigung und Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters war als Ausnahme gedacht, um einem praktischen Bedürfnis nachzukommen [6]). Nicht richtig aber ist, daß bei der endgültigen Gestaltung des Gesellschaftsrechts diese Auffassung beibehalten worden wäre. Gerade die Auffassung des Gesellschaftsverhältnisses als eines rein schuldrecht-

[1]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 353.
[2]) RG. 72, 162.
[3]) Gierke in Z. f. R. Gesch. 12, 486.
[4]) So ursprünglich Planck 1. Aufl. § 736 A. 2 und ihm folgend Cosack 1. Aufl. S. 389. Oertmann § 736 A. 3. Binder, Problem S. 87, 97 ff. Knoke, Recht der Ges. 131. OLG. Hamburg OLGE. 5, 380. Für die Ges. des bürg. Rechts auch das RG. bei Warn. Bd. 5 Nr. 424.
[5]) Binder, Problem S. 97.
[6]) Motive II S. 630.

lichen Vertrags wurde aufgegeben, und an Stelle dessen das Gesamthandprinzip gesetzt.

Die Frage ist nunmehr also dahin zu stellen: Ist bei der oHG. die Individualität der Beteiligten von so ausschlaggebender Bedeutung, daß von dem unveränderten Verbleiben der Gesellschafter auch der Bestand der Gesellschaft abhängig ist?

In den Protokollen wird eine Beantwortung dieser Frage in bejahendem Sinne als die Ansicht der Minderheit erwähnt [7]), und die gesetzgeberische Lösung der Frage wegen der nicht rechtsfähigen Vereine war offenbar eine Verlegenheitslösung [8]), aus ihr können keine Schlüsse für die Gesellschaft gezogen werden.

Zuzugeben ist jedenfalls, daß bei der oHG. die Persönlichkeit der einzelnen Gesellschafter eine so große Rolle spielt, wie bei keiner anderen Gesellschaftsform.

Grundsätzlich führt daher das Ausscheiden eines Gesellschafters kraft Gesetzes zur Auflösung der oHG. Das bestimmt ausdrücklich § 131 Z. 4—6 HGB. Es ist jedoch auch dem Umstand Rechnung getragen, daß die oHG. eine auf lange Sicht angelegte Arbeitsgemeinschaft darstellt, welche trotz Ausscheidens eines Gesellschafters lebensfähig bleiben kann. Die Auflösung soll umgangen werden, um das Unternehmen als wirtschaftliche Einheit zu erhalten, weil das Fortbestehen eines an sich lebensfähigen Geschäfts gleichbedeutend ist mit einer Erhaltung wirtschaftlicher Werte [9]). Die Gesellschafter können daher im Gesellschaftsvertrag bestimmen, daß trotz Ausscheidens eines Gesellschafters durch Tod, Kündigung oder Konkurseröffnung über sein Vermögen die Gesellschaft unter den übrigen Mitgliedern fortbestehen, die regelmäßige Folge also ausgeschlossen sein soll (§ 138 HGB.). Denselben Gedanken bringen die §§ 24, 139, 140, 141, 159 HGB. zum Ausdruck. Bei dem Ausscheiden anerkennt das Gesetz also ausdrücklich, daß eine Aenderung im Personenbestand nicht unbedingt zur Auflösung der Gesellschaft führen muß.

Durch den Eintritt eines neuen Gesellschafters wird die Vertrauensgrundlage einer oHG. allerdings ungleich stärker berührt, als durch den Austritt. Aber für das Gedeihen einer gesellschaftlichen Zusammenarbeit ist es nicht so sehr wesentlich, daß dieselben Personen vereinigt bleiben, sondern daß diejenigen, welche jeweils die Gemeinschaft bilden, durch das Band gegenseitigen Vertrauens zusammengehalten werden. Die oHG. soll einem Zweck dienen, nämlich dem gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes; zu diesem Zweck sind die Gesellschafter vereinigt, die Betonung des persönlichen Charakters der Gesellschaft soll nicht weiter gehen, als dieser Zweck es erfordert. Erhoffen also

7) Protokolle II. Lesung Bd. II S. 455.
8) Protokolle II. Lesung Bd. II S. 458.
9) Alexander-Katz in ZHR. 70 S. 82 ff. Pisko, Unternehmen S. 229.

die Mitglieder von dem Beitritt eines Außenstehenden Vorteile, so ist nicht einzusehen, weshalb es ihnen benommen sein soll, diesen in ihren Kreis aufzunehmen und das Band, das sie bindet, auch um ihn zu schlingen [10]). Die Gesellschafter würden sonst auf den nicht nur für sie, sondern auch für die Gläubiger sehr umständlichen und kostspieligen Weg einer Auflösung und Neugründung verwiesen.

Bei dem Gesellschaftsverhältnis handelt es sich nicht um ein Gegeneinander der Belange, wie bei den üblichen gegenseitigen Verträgen [11]), sondern um den Willen, gemeinsam ein Ziel zu verfolgen, deshalb können an dem Gesellschaftsvertrag, im Gegensatz zu den gegenseitigen Verträgen, unbestimmt viele Personen beteiligt sein. Es ist deshalb aus dem Wesen der oHG. kein Grund zu entnehmen, aus welchem während ihrer Fortdauer ein Eintritt neuer Teilhaber ausgeschlossen sein müßte.

Tatsächlich läßt sich ein Eintritt trotz Fortdauer des Gesellschaftsverhältnisses mühelos mit den Vorschriften des HGB. vereinbaren. Im Gegenteil, die §§ 24, 107, 130, 139 HGB. sind anders gar nicht ungekünstelt zu verstehen. Mit der heute durchaus herrschenden Lehre [12]) und der Rechtsprechung [13]) ist also anzunehmen, daß auch ein Eintritt eines neuen Mitglieds den Fortbestand einer oHG. nicht hindert.

Die oHG., welche ja nichts anderes ist, als die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit, erfährt jedoch durch den Eintritt eines neuen Mitglieds eine Aenderung ihres tatsächlichen Bestands [14]). Die Gesellschaft bewirkt eine enge Verknüpfung der Gesellschafter, dieses Gemeinschaftsverhältnis erfährt durch den Beitritt eines neuen Teilhabers eine inhaltliche Veränderung. Auch wird das Unternehmen in seinen inneren Beziehungen hinsichtlich des Anteils der Beteiligten am Gewinn und Verlust auf eine neue Grundlage gestellt. Jede Aenderung im persönlichen Bestand ändert daher notwendig den Inhalt des Gesellschaftsvertrags, ist somit selbst als Gesellschaftsvertrag aufzufassen [15]).

Da der Gesellschaftsvertrag zwischen den künftigen Mitgesellschaftern zu Stande kommen muß, kann eine solche Aenderung nur durch einen Vertragsschluß zwischen dem neu eintretenden und den alten Gesellschaftern erfolgen. Die Gesellschaft als solche ist an dem Vertrag nicht beteiligt [16]), sie ist der

[10]) Gierke, Vereine S. 26.

[11]) Knoke in Arch. f. bürg. R. 20 S. 172 ff.

[12]) Gierke, Vereine S. 26, Genossenschaftstheorie S. 478. Behrend S. 479. Hölder § 54 A. 20. Dernburg § 362 III. Crome II § 285 II. Dür. Hach. II 1 Allg. Anm. 295, II 2 § 130 A. 1. RGRK. § 736 A. 2. Hagemann S. 31 ff. Jetzt auch Planck § 736 A. 2. Oertmann § 736 A. 2. Knoke in Arch. f. bürg. R. 20, 173.

[13]) RG. 82, 160. 106, 66. RFH. in JW. 1922 S. 630.

[14]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 478. Dür.Hach. § 130/2.

[15]) Viezens in ZHR. 35, 95. Dür.Hach. § 130 A. 2.

[16]) Denkschrift zum HGB. S. 89. RGRK. § 736 A. 2. Staudinger § 736 II 1 a. RG. 83, 315. 91, 412. 128, 176 in Recht 1930 Nr. 1060.

Gegenstand, nicht der Träger der Vereinbarung. Die alten Mitglieder handeln daher kraft eigenen Rechts, nicht im Rahmen ihrer Vertretungsbefugnis [17]). Ein Vertragsschluß der zur Vertretung und Geschäftsführung befugten Gesellschafter genügt nicht, vielmehr ist die Mitwirkung aller, also auch der von der Geschäftsführung ausgeschlossenen erforderlich [18]). Auch das Gesetz bringt dies zum Ausdruck. Nach §§ 107, 108 I HGB. ist die Aenderung, die sich aus dem Eintritt ergibt, von allen Gesellschaftern zum Handelsregister anzumelden.

Nicht erforderlich ist, daß alle Beteiligten gleichzeitig mitwirken; Wirksamkeit erlangt der Vertrag aber erst mit dem letzten Vertragsschluß, genau wie bei dem Gründungsvertrag. Die nachfolgenden Vereinbarungen sind Teile des Gesellschaftsvertrags, sie sind nicht etwa als Genehmigung des vorausgegangenen Vertragsschlusses anzusehen [19]).

Bekämpft wird diese Ansicht insbesondere von Rospat a.a.O. im Anschluß an die angeführte ältere Entscheidung, welche er der neueren Reichsgerichtsrechtsprechung entgegenhält. Die Handlung des zuerst abschließenden Gesellschafters hält er für eine Geschäftsführung ohne Auftrag im Sinne des § 677 BGB., er anerkennt dabei, daß zum Eintritt eines neuen Gesellschafters ein Gesellschaftsvertrag mit allen bisher Beteiligten erforderlich sei, will aber die §§ 182, 184 auch bei Gesamtvertretungsverhältnissen allgemein angewandt wissen. Danach wäre auch eine dem abschließenden gegenüber abgegebene Willenskundgebung zur Vervollständigung des Vertrags ausreichend. In der Entscheidung des Reichsgerichts vermißt er eine Begründung für die Nichtanwendung der allgemeinen Regeln in diesem Fall. Dort [20]) ist ausgeführt, daß das, was in der alten Entscheidung als Genehmigung bezeichnet war und dem rückwirkende Kraft beigemessen wurde, in Wirklichkeit zugleich den Vertragsschluß mit dem Neueintretenden enthalte. Da die Vereinbarungen mit dem Neuen nicht gleichzeitig zu erfolgen brauchen, und maßgeblich für die Aufnahme die Handlung des letzten Beteiligten sei, entfalle die rechtlich nicht haltbare Unterscheidung zwischen Beitritt und Zustimmung der Gesellschafter zum Vertrag des Aufnehmenden. Für eine Anwendung der §§ 182, 184 BGB. bleibe daher hinsichtlich der dinglichen Wirkung des Vertrags kein Raum, eine Rückwirkung komme vielmehr nur im inneren Verhältnis der Beteiligten nach Maßgabe der vertraglichen Festsetzungen in Frage.

---

17) RG. 52, 162. 91, 412. 128, 176. Dür.Hach. 130 A. 7.

18) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 477. Staub/P. § 126 A. 2. Dür.Hach. II 1 Allg. Anm. 295. § 130 A. 2, 7. Heinsheimer S. 49. RG. 52, 163. 91, 412. 128, 176. 136, 242. LZ. 1909 S. 686 Nr. 6. JW. 1921 S. 1239 Nr. 17.

19) RG. 52, 163. 128, 173 ff. Dür.Hach. § 130 A. 7 im Gegensatz zu früheren Auflagen.

A. A. Rospat Zentralbl. f. HR. 1931 S. 169 ff. RGRK. §§ 184 A. 1 und 719 A. 2. Lehmann/Ring § 109 Nr. 6. RG. bei Warn. 1914 Nr. 179.

20) RG. 128, 173 ff.

Offenbar handelt es sich bei dieser Entscheidung also nicht um eine Durchbrechung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung über die dingliche Rückwirkung im Allgemeinen, sondern nur um eine Beantwortung der Frage, ob bei Aufnahme eines neuen Gesellschafters in eine Personalgesellschaft [21]) der Vertragsschluß eines Teils der Mitglieder durch eine Genehmigung im Sinne des § 184 BGB. ersetzt werden kann.

Die Aufnahme eines neuen Gesellschafters kann deshalb nicht mit rückwirkender Kraft erfolgen, weil, wie bereits dargelegt wurde, das Gesellschaftsverhältnis eine Personengemeinschaft hervorbringt, mit Bindung der Persönlichkeit und Einordnung des Willens in einen Gemeinwillen. Eine solche, insbesondere mit der starken Wirkung, wie das bei der oHG. der Fall ist, kann nicht nachträglich als zuvor schon bestehend anerkannt werden. Es handelt sich hier um ein tatsächliches Verhältnis, um einen Zustand, vergleichbar etwa dem Besitz, dem anerkannter Weise auch keine rückwirkende Kraft beigelegt werden kann [22]). Eine Gemeinschaft verlangt Bejahung und bejaht kann nur werden, was bekannt ist. Das Bewußtsein um eine Gemeinschaft läßt sich aber nicht durch eine juristische Konstruktion, wie die Annahme der rückwirkenden Kraft eine ist, ersetzen. Die gesamte Hand, aus welcher die oHG. entstanden ist, bietet ein solch anschauliches Bild von der lebendigen Zusammenarbeit der in ihr vereinigten Gemeinder, daß ohne Weiteres klar wird, wie wenig ein echtes personenrechtliches Verhältnis in eine Zeit verlegt werden kann, während welcher ein Teil der Beteiligten von dem Vorhandensein des Mitgesellschafters noch gar nichts wußte.

Man halte dem nicht entgegen, daß selbst bei einer noch engeren Gemeinschaft, nämlich der Ehe, das BGB. in § 1325 die rückwirkende Kraft einer Genehmigung bejaht, denn hier handelt es sich um den umgekehrten Fall: Ein tatsächlich bestehendes Gemeinschaftsverhältnis, dem nur der rechtlich bedeutsame Wille bei seiner Entstehung zur unwiderruflichen rechtlichen Anerkenntnis fehlte, wird durch die spätere Genehmigung als von Anfang an zu Recht bestehend anerkannt. Dagegen hat eine rechtliche Fiktion nicht die Kraft, tatsächliche Unmöglichkeiten zu überwinden und die Zeitrechnung umzustoßen [23]).

§ 9.

Der Eintritt des Erben.

Dieser Sonderfall des Eintritts eines neuen Gesellschafters an die Stelle eines ausscheidenden soll vorweg dargestellt werden.

[21]) In diesem Zusammenhang werden nur die Verhältnisse bei der oHG. erörtert. Daß die Stellungnahme des RG. in dieser Ausdehnung auf alle Mitgliedschaftsverhältnisse bei Personalgesellschaften nicht haltbar ist, wird bei Behandlung der Kommanditistenstellung darzulegen sein.

[22]) Enneccerus § 191 Anm. 16. RG. 65, 245. 75, 116.

[23]) RG. 75, 116.

I. Allgemeines und Geschichte.

Obgleich die oHG. ihrem vertraglichen Aufbau entsprechend in der Regel durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst wird (§ 131 Z. 4 HGB.), und die Gesellschafterstellung ihrer Natur nach unvererblich ist, kann die Fortführung der Gesellschaft mit den Erben, unter Wahrung ihres rechtlichen Fortbestands [1]), für den Fall des Todes eines Gesellschafters im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden (139 I HGB.), wobei unter Gesellschaftsvertrag wieder nicht nur der Gründungsvertrag zu verstehen ist [2]). Diese Vorschrift verfolgt zunächst denselben Zweck, wie die der §§ 138 und 140 HGB., nämlich die Erhaltung wirtschaftlicher Unternehmen [3]). Für den Todesfall würde durch den § 138 HGB., wonach die oHG. unter den überlebenden Mitgliedern fortbestehen kann, dieses Ziel aber nicht genügend gewährleistet, da nach § 738 BGB. der Ausscheidende, in diesem Fall also seine Erben, einen Anspruch auf das Abfindungsguthaben erhalten würden. Die Auskehrung eines solchen, wenn sie überhaupt möglich wäre, würde nicht selten die Kapitalkraft des Unternehmens so sehr schwächen, daß seine gedeihliche Entwicklung in Frage gestellt wäre.

Ferner soll den Erben der wirkliche Geschäftswert, der im Abfindungsguthaben doch nur unvollkommen in Erscheinung tritt, zukommen, vor allem soll er auch an der Entwicklungsmöglichkeit teilhaben [4]).

Auch diese Vorschrift beruht noch auf dem Gedanken der Familienverbundenheit. Nach alter deutscher Anschauung war das Handelsgeschäft Familiengut und sollte der Familie möglichst ungeteilt erhalten bleiben. Diese Auffassung hatte sich in Deutschland gewohnheitsrechtlich stets erhalten, sie fand zuweilen auch im Gegensatz zu der römischrechtlichen von der Unvererblichkeit der Gesellschaftsrechte, in Gesetzen Ausdruck [5]).

So bestimmte die Nürnberger erneute Reformation von 1564 in Titel 18 Gesetz 7, daß die übrigen Gesellschafter die Kinder des Verstorbenen auf deren Verlangen „anzunehmen und darin pleiben zu lassen schuldig sein sollen", sofern im Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt ist.

Die neuere Frankfurter Reformation von 1578 schreibt in Teil II Titel 33 § 6 vor, daß, wenn im Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt ist, die Erben zwar nicht verpflichtet seien, über die nächste Rechnung hinaus der Gesellschaft anzugehören, daß aber die Kinder von Gesellschaftern das Recht haben sollen „auf gleichmessig Geding wie der Vorgänger ein und aufgenommen zu werden", wenn nicht die überlebenden Gesellschafter berechtigten

[1]) Dür.Hach. § 139 A. 9. Staub § 162 A. 6. RG. JW. 1912 S. 475/23.
[2]) Biezens ZHR. 35, 96.
[3]) Pisko, Unternehmen S. 229.
[4]) Dür.Hach. § 139 A. 1.
[5]) Biezens in ZHR. 35, 111 ff. Pisko, Unternehmen S. 230. RG. 16, 46.

Grund haben, die Beteiligung abzulehnen. Auch das Lüneburgische Stadtrecht II hat in Titel 23 eine dieser Vorschrift durchaus entsprechende Regelung getroffen [6]).

Die drei großen Rechtsbücher um die Wende des 18. Jahrhunderts trugen der germanischen Rechtsanschauung weitgehend Rechnung. So bestimmte das preußische Allgemeine Landrecht in I 17 § 279 allgemein, daß die Erben innerhalb der Gesellschaft an die Stelle des Erblassers treten. War aber der Verstorbene zur Leistung von persönlichen Diensten verpflichtet, so stand sowohl den Erben als auch den anderen Gesellschaftern der Rücktritt vom Vertrag offen, jedoch nur, wenn nichts anderes ausdrücklich bestimmt war (§ 281). Die Regel war also der Fortbestand der Gesellschaft trotz Erbfall.

Nach dem Code Civile konnte die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters verabredet werden (Art. 1868).

Im Allgemeinen Gesetzbuch für die gesamten Erbländer der österreichischen Monarchie von 1812 enthält § 1207 in Verbindung mit § 1216 die Vermutung für den Fortbestand der Gesellschaft unter den Ueberlebenden, wenn es wenigstens zwei sind.

Im Anschluß an den Artikel 123 Nr. 2 war unter der Herrschaft des AHGB. die Wirkung der Fortsetzungsabrede umstritten. Es wurde behauptet, sie erzeuge unter den Mitgliedern nur schuldrechtliche Ansprüche und Pflichten auf Abschluß eines Gesellschaftsvertrags, stelle also nur einen Vorvertrag dar, in welchen die Erben kraft landesrechtlichen Erbrechts eintreten, und dessen Erfüllung sie verlangen können [7]), wobei wiederum bestritten war, ob die Erben nur das Recht haben, den Abschluß zu verlangen, oder ob sie auch verpflichtet sind ihrerseits auf Wunsch der übrigen Gesellschafter einen solchen einzugehen.

Schon damals aber wurde die Ansicht vertreten, daß im Falle einer solchen Abrede beim Tode eines Mitglieds die oHG. zwischen den Ueberlebenden und den Erben des Verstorbenen von Gesetzes wegen fortbestehe, der Erbe mit dem Erbschaftserwerb zugleich Gesellschafter werde [8]).

Letztere Auffassung wird dem Wortlaut des Art. 123 Z. 2 und der geschichtlichen Entwicklung am ehesten entsprochen haben. Sie führte aber oft zu äußerst unbilligen Ergebnissen. Die Stellung als offener Handelsgesellschafter erfordert im Allgemeinen die volle Arbeitskraft des Betreffenden, welche der Erbe vielfach nicht zur Verfügung stellen kann ohne seinen bisherigen Beruf aufzugeben, abgesehen davon, daß ihm auch jegliche Neigung und Fähigkeit zu einem kaufmännischen Beruf fehlen kann [9]). Dabei haftet er als Ge-

[6]) Gierke in der Festgabe f. Wieland S. 95 Anm. 3.
[7]) Behrend I S. 548 A 4, 5. Lastig bei Endemann S. 413.
[8]) Biezens in ZHR. 35, 115, 132. RG. 16, 40.
[9]) Dür. Hach. 139 A. 1.

sellschafter mit seinem ganzen Vermögen, also ohne Beschränkung auf das Ererbte, für alle Schulden der oHG. Nach dem alten Recht blieb dem Erben nur die Wahl, entweder Gesellschafter zu werden, oder die ganze Erbschaft auszuschlagen.

Für das geltende Recht wurde die Frage durch die Fassung des § 139 HGB. eindeutig im Sinne eines Eintritts Hand in Hand mit dem Anfall der Erbschaft entschieden [10]). Daß diese Lösung auch beabsichtigt war ergibt sich aus den Protokollen [11]). Mit dem Tode des Erblassers tritt also der Erbe in die Gesellschaft ein, und zwar gemäß § 1942 BGB. unbeschadet des Rechts die Erbschaft auszuschlagen und damit die Mitgliedschaft mit rückwirkender Kraft zu beendigen [12]). Die rückwirkende Kraft erklärt sich in diesem Fall damit, daß ein Gemeinschaftsverhältnis beendigt wird, welches von Anfang an nicht von allen Beteiligten bejaht worden war. Widersinniger ist an sich, daß der Erbe kraft Gesetzes, ganz ohne sein Dazutun Mitglied einer oHG. wird. Das erklärt sich aber damit, daß einerseits doch nur ein Schwebezustand beendet wird, andererseits das Erbrecht überhaupt Regelungen aufweist, welche von den sonst anerkannten Rechtsgrundsätzen ganz erheblich abweichen, man denke nur an den Uebergang des Besitzes auf den Erben.

Das Gesetz geht also von einer ununterbrochenen Fortsetzung der oHG. mit dem Erben aus [13]), nicht nötig ist, daß der Erbe seine Tätigkeit in der Gesellschaft aufgenommen hat und das Handelsgewerbe zusammen mit den anderen Gesellschaftern betreibt [14]).

Wer Erbe ist, richtet sich nach den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften, es kommt also sowohl der gesetzliche Erbe wie auch der durch letztwillige Verfügung bestimmte in Betracht. Nicht Erbe ist der Nutznießer am Nachlaß, auch nicht der von der Erbschaft ausgeschlossene Pflichtteilberechtigte, nicht der Vermächtnisnehmer und nicht der Erbschaftskäufer [15]). Dagegen tritt der Vorerbe in die Gesellschaft ein, um gegebenenfalls dem Nacherben Platz zu machen [16]).

Um den Eintritt ungeeigneter Personen zu vermeiden, können die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag die Uebertragung davon abhängig machen, daß bei ihm bestimmte Eigenschaften vorliegen. Etwa Volljährigkeit, eine bestimmte Vorbildung, männliches Geschlecht, auch können Geisteskranke ausgeschlossen werden. Es kann ferner vereinbart werden, mit welchem von ver-

10) Dür.Hach. § 139 A. 9. RG. JW. 1912 S. 475/25, JW. 1930 S. 2812/29.
11) Denkschrift S. 107.
12) Dür.Hach. § 139 A. 4. Staub § 139 A. 4.
13) RG. JW. 1912 S. 475/23.
14) A. A. Pisko, Unternehmen S. 232.
15) Dür.Hach. § 139 A. 12. Staub § 139 A. 4.
16) Staub § 139 A. 4.

schiedenen Erben die Gesellschaft fortgesetzt werden soll. Es ist dann die Testierfreiheit des Erblassers beschränkt.

II. Die allgemeine Wirkung auf den verbleibenden Erben.

Verbleibt der Erbe in der Gesellschaft, so nimmt er kraft erbrechtlicher Sondervorschrift die Stellung eines Gesellschafters ein. Seine persönliche und unbeschränkte Haftung aber ist nunmehr die Folge seiner Mitgliedschaft (§ 130 HGB.), sie beruht also nicht unmittelbar auf Erbrecht [18]). Bleibt der Erbe persönlich haftender Gesellschafter, so kann er deshalb seine Haftung für Gesellschaftsschulden nicht auf das durch die Erbschaft Erlangte beschränken, auch nicht soweit sie bereits vor seinem Eintritt entstanden waren[19]). Seine Stellung in der Gesellschaft entspricht derjenigen eines durch Vertrag an Stelle eines ausscheidenden Gesellschafters aufgenommenen Mitglieds (darüber unten § 13).

III. Das Verbleiben als Kommanditist.

Um die für den Erben unter Umständen sehr peinlichen Folgen eines kraft Gesetzes eintretenden Uebergangs der Mitgliedschaft zu mildern, bestimmt § 139 HGB., daß der Erbe sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig machen kann, daß ihm unter Belassung des bisherigen Gewinnanteils die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird. Nehmen die übrigen Gesellschafter diesen Antrag nicht an, so steht ihm das Recht zu, fristlos aus der Gesellschaft auszutreten (§ 139 II HGB.). Für eine Annahme ist Einstimmigkeit erforderlich. Erfolgt sie, so verwandelt sich die oHG. in eine Kommanditgesellschaft, und der Erbe wird Kommanditist.

Als Kommanditeinlage ist der auf den Erben entfallende Teil der Einlage des Erblassers anzuerkennen (§ 139). Was nun unter der Einlage im Sinne des § 139 I HGB. zu verstehen sei, geht aus dem Gesetz nicht klar hervor.

Manche [20]) verstehen unter Einlage dasselbe, was in § 111 HGB. damit gemeint ist, also den Betrag, den der Erblasser geleistet hat oder zu leisten verpflichtet gewesen wäre. Der Erbe soll hinsichtlich der Einlage so behandelt werden, als ob der Erblasser von Anfang an Kommanditist gewesen wäre und seine Einlage als Kommanditeinlage geleistet hätte. Goldmann (a.a.O.) will es dabei belassen. Bei Staub [21]) wird dem Erben noch ein schuldrechtlicher

[18]) Dür.Hach. § 139 A. 5.
[19]) Binder, Rechtsstellung des Erben II S. 217. A. A. Gierke in der Festgabe f. Wieland S. 112.
[20]) Goldmann § 139 A. 6. Staub § 139 A. 15.
[21]) § 139 A. 15, A. 10 b.

Anspruch auf das zugesprochen, was der Erblasser über die Einlage hinaus im Unternehmen stecken hatte, das heißt auf den Betrag, um den der Aktivanteil die Einlage übersteigt. Das widerspricht aber dem Sinn des Gesetzes, das auf der einen Seite das Unternehmen in seinem Bestand schützen [22]) und ihm seine Kapitalgrundlage ungeschmälert erhalten will [23]), auf der anderen Seite aber dem Erben den vollen Wert der Beteiligung des Erblassers an der Gesellschaft zudenkt. Deshalb kann der Erbe anstatt Auflösung der Gesellschaft zu verlangen, beziehungsweise Auskehrung dessen, was ihm im Falle einer Auseinandersetzung zukommen würde, in die Kommanditistenstellung eintreten. Dafür soll er in die vermögensrechtliche Stellung des Erblassers folgen, wirtschaftlich also in gleicher Weise an der Gesellschaft beteiligt werden wie dieser. Diese Beteiligung soll nun in Zahlen ausgedrückt werden. Das geschieht aber nicht durch die Einlage, diese tritt nach der ersten Bilanz bereits vollständig hinter der Bedeutung des Kapitalanteils zurück. Wenigstens was das Innenverhältnis anbelangt, was hier zuerst zu erörtern ist, und soweit die Einlage bezahlt ist. Für die Beteiligung maßgeblich ist die Einlage, so wie sie sich im Laufe der Zeit entwickelt hat. Diese wird, wie oben dargelegt wurde, durch den Kapitalanteil zum Ausdruck gebracht. Deshalb führt im Innenverhältnis der Erbe den Kapitalanteil des Erblassers weiter [24]).

Erreicht der Kapitalanteil die Summe nicht, welche der Erblasser als Einlage zu entrichten verpflichtet war, so ist zu unterscheiden, ob er seiner Verpflichtung bereits nachgekommen war, das Guthaben sich aber in Folge erlittener Verluste niedriger darstellt; dann braucht der Erbe den Fehlbetrag so wenig zu decken, als der Erblasser dazu verpflichtet gewesen wäre.

Anders, wenn der Erblasser seiner Verpflichtung noch nicht nachgekommen war. Dann hat der Erbe, gegebenenfalls mit Beschränkung auf die Mittel des Nachlasses, die Einlage zu bewirken, sobald der Erblasser seinerseits verpflichtet gewesen wäre, das zu tun [25]). Sonst wird der Gewinnanteil so lange gutgeschrieben, bis die volle Höhe der vereinbarten Einlage erreicht ist.

Von dieser Einlage zu unterscheiden [26]) ist die Festsetzung des Betrags einer bestimmten Vermögenseinlage, auf welchen die Haftung des Kommanditisten beschränkt wird und der im Handelsregister einzutragen ist (§ 167 HGB.). Dieser hat mit der im Innenverhältnis maßgeblichen Beteiligung nichts zu tun. Das ergibt sich klar aus den Vorschriften über die Kommanditgesellschaft (z. B. §§ 167 II, 172 II und III HGB.), er ist nicht dem Kapitalanteil gleichzusetzen, ganz abgesehen davon, daß dieser nur als Rechnungsgröße

22) Alexander-Katz in ZHR. 70 S. 82.
23) Denkschrift S. 107.
24) Wieland S. 689. Dür.Hach. § 139 A. 19.
25) Dür.Hach. § 139 A. 19.
26) Was in diesem Zusammenhang in der Literatur nicht beachtet wird.

zu werten ist, der seine eigentliche Bedeutung erst im Verhältnis zu den Kapitalanteilen der anderen Teilhaber gewinnt. Als der im Handelsregister einzutragende Betrag kann er schon deswegen nicht in Betracht kommen, weil er gleich null sein kann, bisweilen sogar noch darüber hinabsinkt, und begriffswesentlich ist für die Kommanditgesellschaft eben, daß die Haftung des beschränkt haftenden Gesellschafters auf einen bestimmten Geldbetrag beschränkt wird [27]).

Ueber die Höhe des einzutragenden Betrags ist, da er mit der in § 139 I HGB. lediglich angeführten Einlage nicht gleichlautend ist, im Gesetz nichts gesagt. Sie ergibt sich aber aus der Erwägung, daß durch die Wohltat des § 139 HGB. der Erbe in Bezug auf seine Haftung für Schulden der Gesellschaft (aber auch nur in dieser Hinsicht!) so gestellt werden soll, wie wenn der Erblasser von Anfang an Kommanditist gewesen wäre. Dann wäre seine Haftung in aller Regel auf den Betrag der Einlage beschränkt worden. Dieser Betrag ist daher auch anzumelden, gegebenenfalls unter Berücksichtigung von Erhöhungen bzw. Beschränkungen, denen die Einlage inzwischen unterworfen wurde [28]).

Hat der Erblasser sich weder zu einer Einlage verpflichtet, noch eine solche geleistet, sind auch keine Gewinnrückstände vorhanden, welche als Einlage angesprochen werden könnten, dann ist eine Umwandlung nach der Regel des § 139 HGB. nicht möglich [29]).

Wurde der Erbe Kommanditist, so haftet er für die vor seinem Eintritt entstandenen Gesellschaftsschulden nur als Erbe, also mit Beschränkung auf den Nachlaß, nicht etwa nach § 173 HGB. auch persönlich als Kommanditist [30]). Durch die Sonderregelung des § 139 IV HGB. soll die Vorschrift des § 173 HGB. ausgeschlossen werden. In § 139 IV wird, durchaus im Einklang mit den erbrechtlichen Regeln, dem Erben die Möglichkeit zugesprochen, seine Haftung für die Verbindlichkeiten des Erblassers auf die Mittel des Nachlasses zu beschränken. Hinter dieser Sondervorschrift treten die allgemeinen Regeln der §§ 171, 173 HGB. zurück.

Das Antragsrecht des Erben endigt in der Regel mit Ablauf von drei Monaten seit Kenntniserlangung von dem Anfall der Erbschaft; die Frist endigt aber nicht vor Ablauf der Ausschlagungsfrist des § 1944 BGB. (§ 139 Abs. IV HGB.).

---

[27]) Staub § 161 A. 9. Dür. Hach. § 161 A. 8. OLG. Dresden in OLGE. 40, 190.

[28]) So im Ergebnis Staub § 139 A. 15. Lehmann/R. § 139 Nr. 10. Goldmann § 139 Anm. 16 A. A. Dür. Hach. § 139 A. 19.

[29]) Dür. Hach. § 139 A. 19.

[30]) Staub § 139 A. 17. Lehmann/R. § 139 Nr. 7. Goldmann § 139 A. 35. Wieland § 61 II 2 a. Fellmeth S. 71. A. A. Dür. Hach. § 139 A. 21. RG. JW. 1929 S. 1363.

Im übrigen ist die Geltendmachung der Rechte aus § 139 HGB. als Annahme der Erbschaft anzusehen [31]).

IV. Die Regelung des Schwebezustandes.

Bis endgültig entschieden ist, ob der Erbe persönlich haftender Gesellschafter bleibt oder aus der Gesellschaft ausscheidet oder aber Kommanditist wird, besteht ein Schwebezustand, während welchem der Erbe zwar persönlich haftender Gesellschafter mit allen Rechten und Pflichten ist, während welcher aber noch nicht feststeht, ob er es auch bleiben wird und gerade diesem Umstand muß während dieser Zeit Rechnung getragen werden.

In wieweit seine Mitgesellschafter von ihm Erfüllung der gesellschaftlichen Pflichten (Konkursverbot, Geschäftsführungspflicht usw.) verlangen können, bzw. in welchem Umfang er von seinen Rechten Gebrauch machen darf, kann nicht für jeden Fall ein für alle Mal festgelegt werden, das muß nach Treu und Glauben im einzelnen Fall entschieden werden [32]).

Da noch nicht feststeht, ob er persönlich haftender Teilhaber bleiben oder diese Eigenschaft mit rückwirkender Kraft wieder verlieren wird (§ 139 IV HGB.), kann er von den Gesellschaftsgläubigern zwar als unbeschränkt haftender Gesellschafter in Anspruch genommen werden, es steht ihm aber die Möglichkeit offen, seine Haftung durch Vorbehalt im Sinne der §§ 2014 BGB., 780 ZPO. auf den Nachlaß zu beschränken [33]). § 2014 BGB. findet aber keine Anwendung, wenn die Gläubiger ihre Befriedigung lediglich aus dem Gesellschaftsvermögen suchen, denn dieses steht dem Zugriff der Gesellschaftsgläubiger auf jeden Fall offen [34]).

Der Erbe ist in das Handelsregister als Teilhaber der oHG. einzutragen [35]) und zwar möglichst unmittelbar nach dem Anfall der Erbschaft und mit einem Vermerk, der auf den Schwebezustand hinweist. Nach § 107 HGB. ist der Eintritt eines neuen Gesellschafters zur Eintragung anzumelden, weshalb der Uebergang durch Erbfall nicht als Eintritt angesehen werden soll [36]), ist nicht einzusehen. Ein Eintrag hat auch seinen guten Sinn: Der Erbe hat Geschäftsführungsrechte, wenn er in ihrer Ausübung auch den Mitgesell-

---

31) Staub § 139 A. 4.

32) Dür.Hach. § 139 A. 31. A. A. Fellmeth S. 61, welcher dem Erben-Gesellschafter während der Schwebezeit überhaupt die Ausübung gesellschaftlicher Rechte versagt.

33) Riesenfeld S. 240. Wieland S. 687 A. 23. Staub § 139/25. Dür.Hach. § 139 A. 32.

34) Staudinger § 727 III 1, Knoke, Recht der Ges. S. 125 A. A. Planck § 727 A. 4.

35) Bahr S. 104. Dür.Hach. § 139 A. 32. A. A. Staub I 139 A. 26. Wieland § 61 A. 22. Lehmann/Ring § 139 Nr. 12. Fellmeth S. 62.

36) So aber Staub § 139 A. 26.

schaftern gegenüber zu einer gewissen Beschränkung verpflichtet ist; er kann in Anspruch genommen werden, wenn auch nicht in vollem Umfang. Das Handelsregister soll über den Mitgliederbestand eine zuverlässige Auskunft geben; es erfüllt diese Aufgabe nur, wenn auch der Erbe während der Schwebezeit eingetragen ist.

V. Die Rechtslage bei einer Mehrheit von Erben.

Bis jetzt wurde angenommen, es handle sich nur um einen Erben. Es können deren auch mehrere sein.

Im Anschluß an den Artikel 123 Z. 2 war unter der Geltung des ADHGB. bestritten, ob in diesem Falle die durch die Erben gebildete Personengemeinschaft der oHG. beitritt, die gesellschaftlichen Rechte also den zu einer Gesamtheit vereinigten Erben zustehen, oder ob, wie auch damals schon mit Recht überwiegend angenommen wurde, die verschiedenen Erben als Einzelne an die Stelle des Erblassers treten und vollberechtigte Mitglieder der oHG. werden [37]).

Nach der in § 139 HGB. getroffenen Regelung ist sicher, daß jeder Erbe selbständiger Gesellschafter wird [38]). Die Erben werden also unter Berücksichtigung des Gesellschaftsvertrags zu vollberechtigten und vollverpflichteten Mitgliedern der oHG. Der Kapitalanteil des Erblassers wird im Verhältnis zu ihrer Beteiligung am Nachlaß auf sie umgeschrieben.

Aus ihrer Stellung zur Gesellschaft ergibt sich, daß jeder der einzelnen Erben-Gesellschafter selbständig eine Entscheidung nach § 139 HGB. treffen kann [39]). Es kann also der eine aus der oHG. ausscheiden, der andere eine Kommanditistenstellung einnehmen, während der Dritte persönlich haftender Gesellschafter bleibt. Diese Erklärungen brauchen nicht gleichzeitig zu erfolgen, sie können auch vor der Erbauseinandersetzung abgegeben werden, für den Ausscheidenden entsteht dann ein Anspruch auf sein Auseinandersetzungsguthaben eben nach Maßgabe des Bruchteils, der ihm bei der zwischen den Erben stattfindenden Teilung zukommen wird.

Im Gesellschaftsvertrag kann vorgesehen sein, daß nur einer der Erben als Gesellschafter in die oHG. eintreten soll (etwa der älteste Sohn). Eine solche Bestimmung ist nicht als Teilungsanordnung oder Vermächtnis anzusehen, da solche nur durch letztwillige Verfügungen getroffen werden können. Aber gegenüber der oHG. haben diese Erben hinter dem Benannten zurück-

[37]) Viezens in ZHR. 35, 144. Staub 3. und 4. Aufl. Art. 123 § 6. RG. 16, 58.

[38]) Wieland I S. 689. Staub § 139 A. 14, 161 A. 6. Dür.Hach. § 139 A. 15. RG. JW. 1912 S. 475/23. OLG. Dresden in OLGE. 40, 190. A. A. Knoke, Recht S. 126.

[39]) Dür.Hach. § 139 A. 22. A. A. Riesenfeld I S. 241.

zutreten, nur dieser erhält die Stellung eines Gesellschafters. Auch der auf diese Weise Benannte ist Erbe und erwirbt seine Mitgliedschaft bei der oHG. in seiner Eigenschaft als solcher. Sein Beitritt ist also im Verhältnis zum Gesellschaftsvermögen, zu den überlebenden Gesellschaftern und zu den Gesellschaftsgläubigern nicht anders zu beurteilen, als der des Alleinerben [40]). Auch ihm kommen daher die Wohltaten des § 139 HGB. zu gute.

Anders ist es, wenn im Gesellschaftsvertrag einem Nichterben das Recht auf Eintritt an die Stelle des Verstorbenen eingeräumt wird. Wegen der bestimmten Fassung des § 139 HGB. kann dieser auf einen solchen keine Anwendung finden [41]). Es liegt auch kein Grund vor, ihn wie einen Erben zu schützen, denn er tritt nicht kraft Gesetzes ein, kann also immer noch entscheiden, ob er einen etwaigen Anspruch geltend machen will oder nicht.

Es handelt sich also bei der Vorschrift des § 139 HGB. um eine für den Erbfall vorgesehene Sonderregelung. Die vertragliche Grundlage der oHG. ist aber auch hier so stark, daß diese Wirkung nicht ohne weiteres eintritt, sondern daß ihr durch Gesellschaftsvertrag erst Platz geschaffen werden muß. Ohne eine anfängliche Mitwirkung aller anderen Gesellschafter kann also auch der Erbe nicht in die oHG. hereingebracht werden. Da es sich aber bei dem Erbfall um die Durchführung eines der gesamten Hand innerlich durchaus entsprechenden Gedankens handelt, kann diese Anerkennung schon vor dem Eintritt des Erbfalles beschlossen werden.

Es läßt sich nicht leugnen, daß die Regelung des § 139 HGB. weder dem Aufbau der oHG. noch den Belangen des Erben voll entspricht. Bei einer künftigen gesetzgeberischen Gestaltung sollte davon abgesehen werden, die auf dem deutschrechtlichen Gedanken der Hausgemeinschaft beruhende Verpflichtung des überlebenden Teilhabers zur Fortführung der Gesellschaft mit den Erben mit dem römischrechtlichen Gedanken der Testierfreiheit zu vermengen. Auch nicht auf dem Wege einer Verfügung von Todes wegen sollte einem Gesellschafter die Fähigkeit zugesprochen werden, der Gesellschaft einen beliebigen Außenstehenden aufzudrängen. Der Kreis der Erben im Sinne des § 139 HGB. sollte auf die nächsten Angehörigen, also auf die Abkömmlinge und den Ehegatten beschränkt werden.

Auch ist es ein Widersinn, den unter Umständen nichts ahnenden Erben lediglich durch Fristablauf unwiderruflich zum voll haftenden Gesellschafter werden zu lassen. Wenigstens sollte der Fristablauf erst mit dem Zeitpunkt

---

40) Staub § 139 A. 5. Hagemann S. 71. Ritter in ZHR. 65, 298. Riesenfeld I S. 245. Goldmann § 139 A. 4. OLG. Kolmar in ZHR. 42, 529.
A. A. Dür.Hach. II 1 Allg. Anm. 197, II 2 § 139 A. 8, 15.

41) Knoke, Recht der Ges. S. 126. Staub § 139 A. 5. Dür.Hach. § 139 A. 8. Biezens in ZHR. 35 S. 115.

beginnen, an welchem der Erbe von seiner Gesellschaftereigenschaft Kenntnis erlangte, oder sollte die Vorschrift so gefaßt werden, daß mit ungenütztem Ablauf der Frist der Erbe Kommanditist wird[42]). Es bedürfte dann einer besonderen Erklärung, um endgültig Mitglied der oHG. zu werden, das würde allerdings deren Charakter als einem personenrechtlichen Vertrauensverhältnis am ehesten entsprechen.

Darüber, wie der Eintritt des Erben in die Gesellschaft zu denken ist, ob dieser in die Rechtsstellung des Verstorbenen eintritt, ob also dessen Mitgliedschaft auf ihn übergeht, oder ob nur Hand in Hand mit dem Untergang der Mitgliedschaft des Erblassers eine solche des Erben entsteht, darüber gibt § 139 HGB. keine Auskunft. Von hier aus ist eine Klärung dieser Frage also nicht möglich.

§ 10.

Austritt und Eintritt erfolgen Hand in Hand.

Im Gesellschaftsvertrag kann vorgesehen sein, daß die oHG. trotz Ausscheidens eines Gesellschafters fortbestehen soll. Diese Abrede kann durch Gesellschaftsvertrag auch noch getroffen werden, wenn ein Gesellschafter bereits gekündigt hat. Sie ist sogar noch dann für zulässig zu halten, wenn in der Person eines Gesellschafters bereits ein Grund für die Auflösung der Gesellschaft eingetreten ist, denn die Auflösung der oHG. kann durch Beschluß der Gesellschafter wieder rückgängig gemacht werden[1]).

Mit der Natur der oHG. steht ferner nicht die Aufnahme eines neuen Gesellschafters durch Gesellschaftsvertrag entgegen. Hier ist nun die Frage zu erörtern, ob ein Mitgliederwechsel auch in der Weise erfolgen kann, daß durch Rechtsgeschäft unter Lebenden ein Gesellschafter seine Mitgliedschaft auf einen Anderen überträgt, oder daß die übrigen Gesellschafter über eine frei werdende Mitgliederstelle verfügen. Es bestehen Meinungsverschiedenheiten darüber, ob es sich bei einer solchen Abmachung nicht um ein nur zeitliches Zusammentreffen von Eintritt und Austritt handelt, sondern um ein Eintreten in die Mitgliedschaft des Ausscheidenden.

Das Gesetz gibt auf diese Frage keine eindeutige Antwort. § 105 HGB. verweist auf die Vorschriften des BGB., und hier wird von vielen die Vor-

[42]) So Wieland, Handelsrecht S. 686 A. 20. Gierke in der Festgabe für Wieland S. 116.

[1]) Wieland § 81 II. Staub § 105 A. 48 e, 131 A. 2. Dür.Hach. II 1 Allg. Anm. 183. II 2 Vorbem. vor § 131. Denkschrift S. 102. Bahr S. 28. RG. 106, 63. 118, 339.

schrift des § 717 als Verbot einer solchen Uebertragung ausgelegt [2]). Dort werden aber nur die Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnis gegeneinander zustehen für unübertragbar erklärt. Zu diesen gehören der Anspruch auf Leistung des Beitrags (§ 705), auf Geschäftsführung (§ 709), auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung (§ 713 mit § 666), auf Büchereinsicht (§ 716) usw. Die Mitgliedschaft ist aber nicht gleich der Summe dieser Rechte und überhaupt kein Anspruch. Durch den Gesellschaftsvertrag wird eine Personeneinheit geschaffen, wie das oben ausführlich dargelegt wurde, innerhalb dieser ist dem Einzelnen eine bestimmte Stellung zugewiesen. Durch diese Eingliederung in die Gemeinschaft erwachsen dem Mitglied allerdings die verschiedenen Möglichkeiten und Rechte, es werden ihm aber auch die entsprechenden Pflichten auferlegt. Der § 717 BGB. bringt nun die Einheit aller dieser aus der personenrechtlichen Stellung des Einzelnen sich ergebenden Rechte und Pflichten zum Ausdruck. Die Rechte mit persönlichem Charakter werden für unübertragbar erklärt. Die Mitgliedschaft ist nichts anderes als die Stellung des Einzelnen in der Gemeinschaft, sie darf deshalb nicht verwechselt werden mit ihren Folgen. Wenn nun die Uebertragung von gesellschaftlichen Rechten auf Personen, welche nicht in den Gesellschaftsbereich und damit in den gesellschaftlichen Pflichten- und Haftungskreis einbezogen sind, untersagt wird, so ist damit noch keine Regelung der Uebertragbarkeit der Mitgliedschaft als solcher erfolgt.

Von anderen [3]), oft aber auch von denselben [4]) Schriftstellern wird ein Verbot der Uebertragung der Mitgliedschaft aus der Vorschrift des § 719 BGB. entnommen. Dabei wird der Anteil am Gesellschaftsvermögen gleichgesetzt mit der Mitgliedschaft [5]). Oben (§ 6) wurde diese Gleichstellung abgelehnt, weil der Anteil am Gesellschaftsvermögen die dingliche Folge der Mitgliedschaft ist, so wie die Ansprüche des § 717 die Folge in Bezug auf die Schuld- und Herrschaftsrechte. Da bei der oHG. die persönliche Seite des Rechtsverhältnisses im Vordergrund steht, folgt der Anteil am Gesellschaftsvermögen der Mitgliedschaft, erscheint also durch diese bedingt [6]). Es wäre eigentümlich, wenn man bei der oHG. den Anteil am Gesellschaftsvermögen gleichsetzen würde mit der Mitgliedschaft, obgleich das Vorhandensein eines Gesellschaftsvermögens gar nicht Voraussetzung ist für den Bestand einer oHG.

2) So von Hueck ZHR. 83, 17. Sohm, Gegenstand S. 68 A. 8. Dür.Hach. § 130 A. 5. Staub § 109 A. 11. Lehmann/R. § 109 A. 6. Staudinger § 717 III. RGRK. § 717 A. 1.

3) Löning/Bach/Straßmann § 719 A. 2. Wieland § 50 a III 2. Sohm, Gegenstand S. 68. Planck § 719 A. 1.

4) RGRK. § 719 A. 1. Staudinger IV vor § 705. Dür.Hach. II 1 A. 26. Staub § 109 A. 19.

Das RG. läßt die Wahl offen, aus welcher der beiden Vorschriften das Verbot zu entnehmen ist, vgl. RG. in LZ. 1914, 1380/12. 1921/617.

5) Sohm, Gegenstand S. 68.

6) Gierke, Privatrecht I S. 679. Oben § 6.

Ob man nun das Verbot der Uebertragung der Mitgliedschaft auf § 717 oder auf § 719 stützt, so wird es doch überwiegend für abdingbar erklärt, so daß die Uebertragbarkeit der Mitgliedschaft durch Gesellschaftsvertrag eingeführt werden könnte [7]). Auch wird eine im Widerspruch zu diesen Vorschriften vorgenommene Uebertragung durch einen Gesellschafter nur nach § 135 BGB. für unwirksam erklärt, weil es sich um eine den Schutz der übrigen Gesellschafter bezweckende Vorschrift handle [8]). Dem ist aber, wie sogleich auszuführen sein wird, nicht zuzustimmen.

Es ist aber auch nicht zutreffend, daß eine Uebertragung wegen des im Mitgliedschaftsrecht enthaltenen sachenrechtlichen Kerns, dem Anteil am Gesellschaftsvermögen unmöglich sein müßte [9]). Diese Beteiligung am Gesellschaftsvermögen ist eine zweitrangige Erscheinung, sie entsteht und vergeht mit der Mitgliedschaft, bedürfte daher keines besonderen Uebertragungsaktes. Uebrigens kann ja da, wo bei einer Gesamthandgemeinschaft die vermögensrechtliche Seite im Vordergrund steht, nämlich der Erbengemeinschaft, über diesen Anteil verfügt werden (§ 2033 BGB.).

Die Mitgliedschaft ist kein Recht, sondern ein Rechtsverhältnis. Aber auch die Uebertragung eines Rechtsverhältnisses als Ganzem ist nicht unmöglich. Zwar hat sie im BGB. nur da eine gesetzliche Regelung gefunden, wo sie kraft Gesetzes eintritt. So vor allem in den Fällen der Gesamtrechtsnachfolge, aber auch in einzelnen Fällen der Einzelnachfolge [10]). Dagegen ist die gewillkürte Vertragsübernahme nirgends geregelt. Im Wege der Einzelnachfolge in die Forderungen und Pflichten (also als Abtretung und Schuldübernahme) läßt sich die Uebertragung der Mitgliedschaft nicht erklären, weil sich die Mitgliedschaft nicht in ein Bündel von Rechten und Pflichten zerlegen läßt [11]). Eine unmittelbare Anwendung des § 398 BGB. läßt sich daher nicht vertreten, dagegen käme eine entsprechende nach § 413 BGB. in Betracht. Die herrschende Lehre nimmt mit Recht an, daß die Vorschriften der §§ 305, 398, 413 ff. BGB. auf die Uebertragung von Rechtsverhältnissen im allgemeinen Anwendung finden [12]). Vor allem gilt dies für die Uebertragung eines gegenseitigen Rechtsverhältnisses.

---

[7]) Dür.Hach. § 130 A. 5. Lehmann/Ring § 109 Nr. 6. Wieland I S. 478, 612. v. Tuhr S. 360 A. 45. Hueck ZHR. 83, 25. RGRK. 717 A. 4. RG. 92, 164 ff.; bei Warn. 1914 Nr. 179. Im Recht 1915 Nr. 621.

Anders mit Recht Zitelmann Jh. Jb. 73, 188. Staub § 109 A. 18. RG. 83, 315; in LZ. 1914 Sp. 1380 f.

[8]) RG. 92, 401. RGRK. 135 A. 2.

[9]) A. A. Kreß § 40 I Cc.

[10]) So in den §§ 571, 581 II, 1216 mit 1251 II BGB. 69 I, 151 II Vers. V. Ges.

[11]) Wieland S. 612. v. Tuhr I S. 131, 361.

[12]) Siber in Jh. Jb. 70, 297. Schuldrecht § 49/2. Enneccerus/Lehmann § 87 I 2, v. Tuhr S. 131, 220.

Dagegen ergibt sich die Unmöglichkeit der Uebertragbarkeit im eigentlichen Sinne aus dem Aufbau der oHG. als einem durchaus auf gegenseitigem Vertrauen beruhenden Zustand personenrechtlicher Verbundenheit. Der auf Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes gerichtete Wille verbindet die Gesellschafter, und dadurch, daß er im Gesellschaftsvertrag die für den Bestand einer oHG. erforderliche Gestalt angenommen hat, kam die Gesellschaft zustande, dadurch wurde der Einzelne zum Mitglied des Ganzen. Die Mitgliedschaft bei einer oHG. ist daher überhaupt kein Gegenstand des Rechtsverkehrs, sie ist vielmehr, wie bereits auf S. 23 ff. eingehend dargelegt wurde, nichts anderes als die Form der Zugliederung eines Einzelnen zum Ganzen [13]). Aus dieser Eingliederung entwickelt sich eine Gesamtheit von rechtlichen Beziehungen und zwar in drei Richtungen: des Einzelnen zum Ganzen, zur Gesellschaft, von solchen zu den Mitgesellschaftern und von solchen zum Gesellschaftsvermögen. Die Betonung liegt dabei auf dem Verhältnis des Einzelnen zum Ganzen, dieses personenrechtlich geartete Gliedsein ist der eigentliche Kern der Mitgliedschaft. Die Beziehungen zu den Mitgesellschafter sind nur die Folge davon und die zum Gesellschaftsvermögen ihr sachenrechtlicher Niederschlag. Jede Aufnahme eines neuen Gesellschafters ist die Schöpfung einer neuen Mitgliedschaft aus dem alten Gesellschaftsverhältnis, denn nur dadurch wird jemand Teilhaber, daß er in die Willensgemeinschaft, wie sie in der betreffenden oHG. gebildet ist, aufgenommen wird, weil die Gesellschaft ihrerseits nur kraft des verbundenen Willens ihrer Glieder besteht. Diese Aufnahme geschieht durch Vertrag zwischen den zukünftigen Mitgliedern und nicht durch Rechtsakt des ausscheidenden Teilhabers. Zwar ist Rechtsquelle für das Gesellschaftsrecht nicht nur das Gesetz allein, sondern in Verbindung mit dem Gesellschaftsvertrag. Dieser kann aber eine von der Regel abweichende Ordnung des Gesellschaftsverhältnisses nur insofern schaffen, als diese nicht gegen zwingende Vorschriften des Gesetzes verstößt und nicht den durch die Systematik des geltenden Rechts überhaupt gewiesenen Grundlinien ihres Bestands widerstrebt. Grundlage der oHG. ist nun der geeinte Wille aller Beteiligten, der im Vertragsschluß zum Ausdruck kommt. Ein einseitiger Rechtsakt eines Gesellschafters kann deshalb keine neue Mitgliedschaft hervorbringen.

§ 139 HGB. kann nicht angeführt werden, um das Gegenteil zu beweisen [14]). Heinsheimer geht a.a.O. davon aus, daß es sich bei der Regelung des § 139 HGB. nicht um einen erbrechtlichen, sondern um einen ausgesprochen gesellschaftsrechtlichen Vorgang handle, er begründet es damit, daß das Erbrecht nicht die Kraft habe, über die nichtvermögensrechtliche Stellung des Erblassers zu verfügen, und die Teilhaberschaft bestehe in ihrem wichtigsten

13) Schönfeld in RG-Festschrift II S. 247. RG. 16, 59.

14) Heinsheimer, Teilhaberschaft S. 61 ff beruft sich auf ihn; wie er auch Dür. Hach. § 139 Anm. 5.

Teil aus nichtvermögensrechtlichen Elementen. Diese Begründung verkennt aber zu sehr, daß die Gesellschafterstellung in einer oHG., wiewohl sie, was hier schon eingehend dargelegt wurde, ihrem Wesen nach personenrechtliches Vertrauensverhältnis ist, dies doch nicht um außervermögensrechtlicher Werte und Ziele willen ist, wie etwa die Ehe oder die elterliche Gewalt, sondern daß sie um der Teilhaberschaft an einem Handelsgeschäft willen begründet wird. Zweck und Folgen der Beteiligung an einer oHG. sind daher notwendigerweise wirtschaftlicher und vermögensrechtlicher Natur. Dieser Umstand führte auch, wie bei der Darstellung der geschichtlichen Entwicklung gezeigt wurde, von Anfang an zur Vererblichkeit. Die Fassung des § 139 HGB. beruht gerade auf einer Ueberbetonung dieser rein vermögensrechtlichen Seite der Mitgliedschaft, sonst wäre es nicht möglich, den Erben ohne sein Wissen in die Gesellschaft einzugliedern, ein Vorgang, welcher dem Besitzübergang des § 857 BGB. durchaus entspricht. Auch läßt sich die Möglichkeit einer nachträglichen Haftungsbeschränkung nur erbrechtlich, nicht aber gesellschaftsrechtlich erklären. Wir haben es hier also mit einem Einbruch erbrechtlicher Vorschriften in das Gebiet des Gesellschaftsrechts zu tun, und zwar um einen Einbruch mit solcher Macht, daß das Ergebnis den gesellschaftsrechtlichen Grundlagen der oHG. nicht mehr gerecht wird. Der § 139 HGB. ist also eine rein erbrechtliche Sondervorschrift [15]), unmittelbare Erkenntnisse auf rein gesellschaftsrechtlichem Gebiet können aus ihm nicht gewonnen werden. Diese Vorschrift darf aber auch nicht entsprechend auf einen Mitgliederwechsel durch Rechtsgeschäft unter Lebenden angewandt werden, weil, wie schon festgestellt wurde, diese Abweichung von den gesellschaftsrechtlichen Grundgedanken zu sehr mißlichen Folgen führen kann.

Es könnte daher aus § 139 HGB. auch nicht der Schluß gezogen werden, daß bei der oHG. feste Mitgliederstellen bestehen, welche durch Gesellschaftsvertrag Selbständigkeit zu erhalten vermögen [16]). Das auch dann nicht, wenn es dort irgendwie zum Ausdruck käme, was aber tatsächlich gar nicht der Fall ist. Im Gegensatz zu der AG. und GmbH. kennt die oHG. solch feste Mitgliederstellen nicht, man kann sie sich auch nicht vorstellen. Das eben ist der Unterschied zwischen Kapitalgesellschaften und Personalgesellschaften. Die Kapitalgesellschaft baut auf einer bestimmten Kapitalbasis auf, welche von vornherein in bestimmte Teile zerlegt ist, und von denen jeder einer Mitgliederstelle entspricht. Diese Mitgliederstellen behalten, weil sie einem bestimmten Teil des einbezahlten Kapitals entsprechen, während des Bestands der Gesellschaft ihre Selbständigkeit, was besonders bei der numerierten Aktie zum Ausdruck kommt. Bei der GmbH. tritt sie dadurch in Erscheinung, daß die möglicherweise verschieden großen Anteile eine ihrer Größe entsprechende

[15]) So auch Gierke in der Festgabe für Wieland S. 104.
[16]) A. A. Heinsheimer, Teilhaberschaft S. 60.

Willensmacht innerhalb der Gesellschaft darstellen, welche ein Gesellschafter zu seiner bisherigen Position hinzuerwerben kann, die aber auch an einen Außenstehenden veräußert werden darf. Dieser wird dann durch den weiteren Akt der Anmeldung Mitglied der GmbH. [17]).

Ganz anders bei einer Personalgesellschaft, wo jeder Person, die Teilhaberin ist, grundsätzlich dieselbe Willensmacht eingeräumt ist, und diese Willensmacht aus der personenrechtlichen Zugliederung folgt. Im Einzelnen können zwar auch hier im Gesellschaftsvertrag abweichende Bestimmungen getroffen werden, wodurch sich dann allerdings das äußere Bild der Gesellschaft stark ändern kann. Solche vertraglichen Vereinbarungen vermögen aber das Grundgefüge der einzelnen Gesellschaftsformen nicht zu erschüttern, zu welchem bei der oHG. eben gehört, daß die Beteiligung nicht auf einem Kapitalanteil, sondern auf der personenrechtlichen Einordnung in die Gemeinschaft beruht, weshalb sie ersatzlos ausfallen kann (§ 138 HGB.), was bei einer Kapitalgesellschaft unzulässig ist, weil die Mitgliederstellen regelmäßig besetzt sein müssen [18]). Auf der anderen Seite können, ebenfalls im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften, Mitglieder zusätzlich aufgenommen werden, ohne die Kapitalgrundlage zu verändern.

Der statischen Form der Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft steht so die ausgesprochen dynamische Teilhaberschaft an einer Personalgesellschaft, insbesondere einer oHG. gegenüber, welche ihr Dasein aus dem Wirken einer zu einer Willensgemeinschaft verbundenen Personenmehrheit entfaltet.

Von einer Gleichheit des Rechtsverhältnisses kann da nicht gesprochen werden, wo die Leistungen einen durchaus persönlichen Charakter tragen, die daher notwendig andere werden, wenn sie von einem bisher Unbeteiligten zu erbringen sind [19]). Ein echtes personenrechtliches Verhältnis kann zwar mit verschiedenen Vertragsgegnern unter denselben Bedingungen eingegangen werden, es ist aber nicht übertragbar [20]).

Es ist daher ungenau, von einer Uebertragung der Mitgliedschaft bei einer oHG. zu sprechen. In Wirklichkeit scheidet ein Gesellschafter aus, um einem anderen Platz zu machen [21]). Der Grund für die Nichtübertragbarkeit ergibt sich aber nach allem nicht aus einer, den Schutz bestimmter Personen bezweckenden gesetzlichen Vorschrift, sondern aus dem Aufbau der oHG. Es handelt sich nicht um das Verbot einer gedanklich möglichen Verfügung, vielmehr ist die beabsichtigte Handlung überhaupt rechtlich unmöglich, eine derartige Verfügung eines Gesellschafters als solche daher unwirksam, weil auch

17) Feine, GmbH. S. 370.
18) Feine, GmbH. S. 269.
19) Staub, Anhang zu § 374 A. 2 a. RG. JW. 1908 S. 219/43.
20) Zitelmann in Jh. Jb. 73, 187. A. A. Wieland I S. 661. v. Tuhr I S. 222. Dür.-Hach. II 1 Allg. Anm. 296.
21) RG. 83, 315. LZ. 1914 Sp. 1380.

der übereinstimmende Wille der Parteien einen begrifflich unmöglichen Erfolg nicht herbeizuführen vermag. Dem Vertrag kann aber oft durch Umdeutung Rechtswirksamkeit verschafft werden (§ 140 BGB.).

Suchen die Gesellschafter für ein scheidendes Mitglied einen Ersatz, ohne daß doch zwischen Ausscheidendem und Eintretendem ein Verpflichtungsverhältnis besteht oder zustande kommt, so ist der Vorgang verhältnismäßig einfach zu verstehen. Es scheidet dann der eine Gesellschafter aus, wobei durch Gesellschafterbeschluß eine Auflösung der oHG. vermieden wird, und durch Vertrag mit den verbleibenden Mitgliedern tritt der neue ein. Voraussetzung dafür ist, wie in allen Fällen eines Eintritts in eine oHG., ein Gesellschaftsvertrag mit allen verbleibenden Teilhabern. Liegt ein solcher aber vor, so greifen alle Folgen eines Austritts beziehungsweise Eintritts Platz (Entstehung eines Abfindungsguthabens, Verpflichtung eine Einlage zu leisten usw.).

Anders verhält es sich, wenn den eigentlichen Beweggrund für den Wechsel eine zwischen dem Ausscheidenden und dem Eintretenden stattgehabte Abrede bildet. Dann sind Ausscheiden und Eintritt nicht durchaus getrennt von einander erfolgende Rechtshandlungen. Wenn mit der Aufnahme ein Austritt Hand in Hand geht, wenn dieser sogar um des Eintritts willen erfolgt, so besteht zwischen den beiden Vorgängen ein tatsächliches Verhältnis, welches auch rechtlich zu beachten ist. Das ist etwa dann der Fall, wenn der Vater seinem Sohn Platz macht, oder wenn zwischen einem Gesellschafter und einem Außenstehenden ein Vertrag abgeschlossen wird, kraft dessen letzterer die bisher von dem Gesellschafter inne gehabte Teilhaberstellung erwerben soll, man spricht dann wohl auch von einem Kauf der Teilhaberschaft.

Es wurde schon wiederholt darauf hingewiesen, daß, wie bei allen Gesamthandverhältnissen, so auch bei der oHG. zwischen der personenrechtlichen und der vermögensrechtlichen Seite des Vertragsverhältnisses zu unterscheiden ist. Es liegt daher nahe zu untersuchen, ob, wenn schon die Mitgliedschaft als solche nicht übertragen werden kann, es nicht möglich wäre, über ihren vermögensrechtlichen Niederschlag, den Anteil am Gesellschaftsvermögen zu verfügen. Der Anteil am Gesellschaftsvermögen einer oHG. ist aber, anders als bei einer juristischen Person, der Ausdruck der Rechtsmitträgerschaft am Vermögen der Gesamtheit [22]). Eine solche Rechtsmitträgerschaft steht, das ergibt sich aus dem Gesamthandcharakter der oHG., nur deren Mitgliedern zu. Wenn formell das Vermögen der oHG. zusteht, so müssen materiell die Glieder eben dieser Gesellschaft die Rechtsträger darstellen [23]). Dabei kommt es auf eine Kapitalbeteiligung nicht an, die Gesellschafterstellung als solche vermittelt die Mitträgerschaft am Gesellschaftsvermögen. Der Anteil ist, wenn überhaupt ein gemeinschaftliches Vermögen zur Verfügung steht, kraft Wirkung der ge-

[22]) Feine, GmbH. S. 266. Heinsheimer, Teilhaberschaft S. 32.
[23]) Schönfeld in RG.-Festschr. II S. 226.

samten Hand mit der Mitgliedschaft untrennbar verbunden. Durch die Zugehörigkeit zur Personengemeinschaft wird die Zuständigkeit am Vermögen vermittelt. Es kann daher weder einer Person, die nicht Gesellschafter ist, ein Anteil am Gesellschaftsvermögen zustehen, noch kann ein Gesellschafter von der Beteiligung am gemeinschaftlichen Vermögen ausgeschlossen sein [24]). Anders als etwa bei der GmbH. [25]) kann bei der oHG. der Anteil am Vermögen keine rechtliche Selbständigkeit entfalten.

Diesen Gedanken der unlöslichen Verbundenheit der Mitgliedschaft mit der dinglichen Berechtigung am Gesellschaftsvermögen bringt § 719 I BGB. zum Ausdruck [26]). Diese Vorschrift beruht also nicht etwa auf einer obligatorischen Verpflichtung des Gesellschafters seinen Anteil nicht anders als für Zwecke der Gesellschaft zu verwenden oder auf einem dinglich wirkenden Verfügungsverbot wie das Binder[27]) vertritt, sie ist vielmehr die notwendige Folge der Ausgestaltung, welche die oHG. durch das Gesamthandprinzip erfuhr.

Der § 719 I entspricht dem § 1442 I BGB. bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, welchem ja auch ein auf gegenseitigem Vertrauen beruhendes personenrechtliches Verhältnis zu Grunde liegt. Anders ist es freilich da, wo trotz Durchführung des Gesamthandgrundsatzes die Stellung in der Gemeinschaft keinen anderen Zweck hat, als die anteilsmäßige Berechtigung an einem Vermögen zu vermitteln, wo die Mitgliedschaft also ausschließlich wirtschaftliche Zwecke verfolgt, ohne die Glieder in ein persönliches Vertrauensverhältnis zu bringen. Das ist bei der Erbengemeinschaft der Fall. § 2033 BGB. erlaubt jedem Miterben über seinen Anteil zu verfügen, es besteht lediglich ein Vorkaufsrecht zugunsten der anderen Miterben (§ 2034 BGB.). Aber auch hier tritt keine Spaltung zwischen der Mitgliedschaft an der Gemeinschaft und der anteilsmäßigen Berechtigung an dem Vermögen derselben ein, denn der Erwerber tritt durchaus an die Stelle des veräußernden Erben, dessen ganze Rechtsstellung als Glied der Nachlaßgesamthand auf ihn übergeht [28]).

Wenn nun auch bei den Gesamthandgemeinschaften der Anteil am Gesellschaftsvermögen von der Mitgliedschaft nicht getrennt werden kann, notwendigerweise also als deren Begleiterscheinung auch ihr rechtliches Schicksal teilt, so läßt doch § 717 S. 2 BGB. die Möglichkeit offen, über den wirtschaftlichen Wert der Beteiligung zu verfügen, und das ist in diesem Zusammenhang von Bedeutung. Tritt ein Gesellschafter aus, ohne daß dieser Aus-

24) Gierke, Privatrecht III S. 843. Schönfeld RG.-Festschrift II S. 226 f. Larenz in Jh. Jb. 83, 156. Cosack 12. Aufl. § 171 5c. Wieland I § 50a III 2a. Sohm, Gegenstand S. 60 ff. Knoke in Arch. f. bürg. R. 19, 178. Denkschrift S. 89. Staub § 105 A. 28. Dür.Hach. II 1 Allg.Anm. 23. RG. 83, 315. JW. 1926 S. 2894.

25) Feine, GmbH. S. 392.

26) RG. 83, 314.

27) Rechtsstellung des Erben III § 34 Anm. 40.

28) Kipp, Erbrecht § 83 VIII. RGRK. § 2033 Anm. 1. Heinsheimer, Teilhaberschaft S. 63 Anm. 20.

tritt mit einem Eintritt in inneren Zusammenhang gebracht werden kann, so entsteht zugunsten des Ausscheidenden ein Abschichtungsguthaben im Sinne des § 738 BGB. in der Höhe des Auseinandersetzungsguthabens.

Man könnte nun vielleicht versucht sein, eine „Uebertragung" sich so vorzustellen, daß auf diesen Anspruch verzichtet werde unter der Bedingung, daß dem Eintretenden dieselbe wirtschaftliche Stellung eingeräumt wird, wie sie der Ausscheidende inne hatte. Eine solche Auslegung würde aber weder dem entsprechen, was die am Vertrag Beteiligten sich vorstellen und wollen, noch würde sie befriedigende rechtliche Folgen zeitigen. So würde bei einer Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit dieses Vertragszusammenhanges ein etwaiger Anspruch des Ausgeschiedenen oder seiner Gläubiger aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den neuen Teilhaber schwerlich zu begründen sein, da es an einer unmittelbaren Vermögensverschiebung zu dessen Gunsten fehlen würde.

Die Beteiligten stellen sich bei ihren Abmachungen eine Uebertragung vor. Wenn eine solche nun auch hinsichtlich der Mitgliedschaft und des Anteils am Gesellschaftsvermögen nicht erfolgen kann, so doch über den wirtschaftlichen Wert der Beteiligung in Form dieses Auseinandersetzungsguthabens und der Gewinnbeteiligung (§ 717 S. 2 BGB.). Diese individualrechtlichen Ansprüche sind bei der oHG. mit einer gewissen Selbständigkeit ausgestattet, über sie kann daher auch, unbeschadet der sozialrechtlichen Stellung des Gesellschafters, verfügt werden [29]), sie können daher auch im Zusammenhang mit einem Mitgliederwechsel übertragen werden. In dieser Richtung geht zweifellos der Wille der Parteien, in diesem Sinne ist eine solche Abrede daher auch aufzufassen.

Gedanklich wäre der Vorgang also folgendermaßen zu erklären: Der bisherige Gesellschafter tritt an den neueintretenden sein Auseinandersetzungsguthaben und seinen Gewinnanspruch ab. Mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter tritt er aus der Gesellschaft aus, und gleichzeitig schließen die verbleibenden Gesellschafter einen Aufnahmevertrag mit dem Abtretungsempfänger. Dieser stellt das erworbene Guthaben der Gesellschaft als seine Einlage zur Verfügung, das heißt, er verzichtet auf rechnerische Feststellung der Höhe dieser Einlage und auf Ausbezahlung. Das Ganze wird in einem einheitlichen Rechtsgeschäft der „Uebertragung der Mitgliedschaft" zusammengefaßt.

Hand in Hand mit dem Ausscheiden des einen Gesellschafters entsteht also durch Gesellschaftsvertrag des eintretenden mit den verbleibenden Teilhabern in der Person des Ersteren eine Mitgliedschaft und damit eine dingliche Mitberechtigung am Gesellschaftsvermögen [30]). Der Eingetretene ist in demselben Maße am Gewinn beteiligt wie der Ausgeschiedene, es steht ihm auch für den

[29]) Zitelmann in Jh. Jb. 73, 189.
[30]) Staub § 109 Anm. 18. Kreß § 40 I Cc. RG. 83, 315 RG. in LZ. 1914 Sp. 1380 f.

Fall der Auseinandersetzung ein Anspruch in derselben Höhe zu, wie ihn dieser gehabt hätte. Diese Gleichheit der wirtschaftlichen Beteiligung und das zwischen den Beteiligten abgeschlossene Grundgeschäft kommen dadurch klar zum Ausdruck, daß das Kapitalkonto des eingetretenen Gesellschafters mit demselben Betrag eröffnet wird, den dasjenige des Ausscheidenden als Saldo ausweist. Dies wird zum Inhalt des zwischen den verbleibenden Gesellschaftern und dem eintretenden abgeschlossenen Gesellschaftsvertrags gemacht.

Diesen Erfolg stellen sich die Vertragschließenden im Falle einer „Uebertragung mit Genehmigung der übrigen Gesellschafter" vor. Man wird daher, wenn dies im einzelnen Falle möglich ist, eine solche wohl als Vertragsschluß zwischen dem ausscheidenden und dem eintretenden und anschließend der übrigen Gesellschafter mit diesem aufzufassen haben (§ 140 BGB.). Erforderlich ist dabei, daß die als Vertragsannahme auszulegende Zustimmung dem Eintretenden gegenüber erklärt wird. Der maßgebliche Zeitpunkt für die Wirksamkeit des Eintritts nach außen ist, da es sich um einen Vertragsschluß handelt, an dem alle Gesellschafter als Träger beteiligt sind, die Vereinbarung mit dem letzten Gesellschafter [31]).

Diese Verträge werden nicht nur äußerlich in einem Rechtsgeschäft abgeschlossen, sie bilden auch innerlich eine Einheit insofern, als sie einmal nur in gegenseitiger Abhängigkeit gewollt sind und andererseits ihre dingliche Wirkung in ein und demselben Augenblick entfalten sollen. Die Folge davon ist, daß von der Nichtigkeit beziehungsweise Anfechtbarkeit des einen Vertrags auch die Rechtswirksamkeit des anderen betroffen wird [32]). Dies entspricht dem Willen der Beteiligten und wird durch den Ausdruck „Uebertragung" oder in ähnlicher Weise regelmäßig zum Ausdruck gebracht, wo das nicht der Fall ist, muß aus dem wirtschaftlichen Zusammenhang der Abmachungen ein Schluß auf den Willen der Parteien gezogen werden.

Die Möglichkeit einer solchen Zusammenfassung verschiedener Verträge zu Vertragsverbindungen wird allgemein anerkannt [33]).

Da Eintritt und Austritt in demselben Vertragsschluß vereinigt sind und so einander unmittelbar ablösen, können sie unter Aufrechterhaltung der alten oHG. auch erfolgen, wenn diese nur aus zwei Teilhabern besteht, denn der begrifflichen Voraussetzung für eine Personalgesellschaft, daß sie mindestens zwei Mitglieder hat, ist in jedem Augenblick Genüge getan [34]).

---

31) RG. 128, 177.
32) § 139 BGB.
33) Enneccerus § 323 A. 1. RGRK. § 139 A. 1.
34) Wieland § 79 I 5. Kreß § 40 A. 109. Staub § 130 A. 3 Dür.Hach. § 130 A. 8. KGJ. 11, 19. A. A. Makower § 130 I a.

§ 11.

Die Folgen des Wechsels für die oHG.

I. Allgemein.

Da nach dem Mitgliederwechsel die Gesellschaft rechtlich dieselbe ist, wie vorher, und sie selbst am Vertrag höchstens in Nebenabreden als Partei beteiligt ist, sind die rechtlichen Folgen für sie auch nicht sehr einschneidend, so stark sich auch ihre tatsächliche Grundlage geändert hat.

Nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift kann die Gesellschaft trotz Eintritts oder Austritts von Mitgliedern unter der alten Firma fortgeführt werden (§ 24 HGB.). Diese Bestimmung muß auch dann Anwendung finden, wenn Austritt und Eintritt Hand in Hand gehen. Ist in der Firma der Name des Ausscheidenden enthalten, so bedarf es zur Fortführung seiner ausdrücklichen Einwilligung (§ 24 II HGB.), diese kann allerdings im Gesellschaftsvertrag schon vorweggenommen sein [1]). Umgekehrt folgt aber aus dem Umstand, daß die Firma geändert — etwa der Name des Neuen aufgenommen wird — noch nicht, daß die Identität der oHG. unterbrochen werden soll. Dies ist nur dann anzunehmen, wenn die Absicht die alte Gesellschaft aufzulösen und eine neue zu begründen klar zum Ausdruck gekommen ist [2]).

Auch an den Vertretungsbefugnissen der verbleibenden Gesellschafter ändert sich nichts. Nur wenn im Gesellschaftsvertrag Gesamtvertretung vorgesehen ist, bedürfen die übrigen Gesellschafter für die Zukunft der Mitwirkung des neu Eingetretenen. Das Gesellschaftsvermögen haftet nach wie vor den Gläubigern, die Beteiligung an ihm folgt der Mitgliedschaft [3]). Mit einem Personenwechsel muß deshalb auch eine Aenderung in der Berechtigung am Gesellschaftsvermögen Hand in Hand gehen. Der Erwerb eines Vermögensanteils ist die unvermeidliche, kraft zwingenden Rechts sich ergebende Folge des Eintritts und ebenso der Verlust die des Ausscheidens, sie greift unmittelbar mit der Aenderung des personenrechtlichen Verhältnisses Platz [4]). Durch den Wechsel ändert sich nur die Teilhaberschaft an dem in seinem Bestand als geschlossenem Sondervermögen unberührten Gesellschaftsvermögen [5]). Ein Uebertragungsakt ist überflüssig [6]). Eine anteilsmäßige Berechtigung an den ein-

[1]) Staub § 24 A. 6.
[2]) Dür.Hach. § 130 A. 8.
[3]) Vgl. oben S. 43.
[4]) A. A. nur Wieland, S. 649, der den Verlust der Mitberechtigung erst mit der Befriedigung des ausscheidenden Gesellschafters eintreten läßt.
[5]) Gierke, Vereine S. 22.
[6]) Gierke, Vereine S. 24. Knoke in Arch. f. bürg. R. 20, 170. Staub § 105 A. 30. RG. 65, 227. 68, 410 ff. 106, 67.

zelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens besteht nicht[7]), sie können deshalb nicht einmal auf den Eintretenden übertragen werden. Eine Aenderung im Grundbuch wegen der im Eigentum der oHG. stehenden Grundstücke ist nicht nur nicht erforderlich[8]), sondern auch unzulässig, weil die oHG. ihre Rechte unter ihrer Firma erwirbt. Nur wenn diese geändert wird, bedarf es der Grundbuchberichtigung.

Auf die verbleibenden Gesellschafter übt weder Ausscheiden noch Eintritt die sonst damit verbundenen Folgen hinsichtlich ihrer Beteiligung am Vermögen der Gesellschaft aus. Da die Zahl der Beteiligten die gleiche bleibt, erfolgt keine Anwachsung und keine Abwachsung, denn die Anwachsung ist nichts anderes als der Wegfall einer Beschränkung des eigenen Verfügungsrechts, und umgekehrt, die Abwachsung das Hinzutreten einer neuen Beschränkung in der Verfügung über das gemeinsame Vermögen dadurch, daß der Gemeinwille dieses neuen Einzelwillens zu seiner Vervollständigung bedarf.

Der Wechsel ist von sämtlichen Gesellschaftern zum Eintrag in das Handelsregister anzumelden (§§ 107, 143, 108 HGB.), auch der Ausscheidende hat dabei mitzuwirken[9]).

II. Die Wirkung auf einen anhängigen Rechtsstreit.

Auf die Streitfrage, wer in einem Gesellschaftsprozeß Partei sei, kann hier nicht näher eingegangen werden. Da die oHG. keine Rechtspersönlichkeit besitzt, wird die Bestimmung, daß sie unter ihrer Firma klagen und verklagt werden kann, nur den Sinn haben, daß zwar formell im Rechtsstreit die oHG. als solche auftritt, vertreten durch die geschäftsführenden Gesellschafter, daß sachlichrechtlich aber die Gesellschafter in ihrer Vereinigung am Rechtsstreit beteiligt sind[10]). In das Verfahren verwickelt sind also die jeweiligen Mitglieder der oHG., das Ausscheiden eines Gesellschafters bewirkt daher ohne weiteres sein Ausscheiden aus demselben[11]). Da die Gesellschaft trotz Aenderung im Mitgliederbestand rechtlich die alte bleibt, wird durch diesen Vorgang auch nichts an ihrer Parteieigenschaft geändert, es liegt keine Parteiänderung vor[12]).

---

[7]) Vgl. oben S. 16.

[8]) Gierke, Vereine S. 27. Dür.Hach. II 1 A. 165. Cosack § 198 II 3 a. RG. 25, 256. 68, 413. 82, 161. 84, 112.

[9]) Dür.Hach. § 143 A. 3.

[10]) Dies ist die in der handelsrechtlichen Lehre herrschende Ansicht. So Wieland I S. 421. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 594. Staub § 124 A. 6. Dür.Hach. § 124 A. 6, 11. Bunsen in ZHR. 26 S. 240 und das RG. Bd. 90, 300. 102, 302. Anders die verfahrensrechtliche Lehre. So Stein/J. § 50 Anm. II 5. Rosenberg S. 120. Hellwig, Anspruch und Klagerecht. S. 266 ff. Jäger S. 14.

[11]) RG. 102, 302.

[12]) Staub § 124 A. 6, 21. Schubert S. 93. RG. 102, 302.

Diese Folge in Bezug auf den Ausscheidenden tritt aber nur ein, wenn die Gesellschaft als solche klagt, und wenn lediglich die oHG. als solche verklagt wird. Dann steht der Ausgeschiedene der Gesellschaft und damit den im Rechtsstreit sich befindenden Teilen als Dritter gegenüber, kann daher als Zeuge vernommen werden [13]). Wurde dagegen die Klage auch gegen die Gesellschafter als solche erhoben, so ändert der Austritt an seiner Parteistellung nichts. Er haftet auch jetzt noch als Gesamtschuldner für die Verbindlichkeit, kann daher in Bezug auf diese Haftung als Einzelner in das Verfahren verwickelt sein, er steht dann zu den anderen Gesellschaftern im Verhältnis der Streitgenossenschaft, aber in der Regel nicht in einem der notwendigen Streitgenossenschaft, weil das streitige Rechtsverhältnis nicht nur einheitlich festgestellt werden kann (§§ 425 BGB., 62 ZPO.) [14]).

Oft werden sowohl die oHG. als solche, wie auch die Gesellschafter persönlich als Beklagte in das Verfahren verwickelt. Dies ist möglich, weil die Gesellschafter nicht nur mit dem Gesellschaftsvermögen, sondern auch mit ihrem Privatvermögen haften [15]). Dann scheidet der Gesellschafter mit seinem Austritt nicht aus dem Verfahren aus, vielmehr ergeht dann das Urteil gegen ihn aus seiner persönlichen Haftung.

Die Rechtskraft eines gegen die Gesellschaft ergangenen Urteils wirkt stets auch gegen ihn, aber nur insofern, als die Gesellschaftsschuld rechtskräftig festgestellt ist. Einwendungen gegen den Anspruch, welche von der Gesellschaft geltend gemacht werden konnten, stehen ihm nicht mehr zu, gleichgültig, ob sie in dem Verfahren der oHG. vorgebracht worden sind oder nicht [16]). Durch den Austritt wird der streitige Anspruch nicht aus der bereits eingetretenen Rechtshängigkeit befreit. Nachteile hieraus für den Ausscheidenden können dadurch vermieden werden, daß er als selbständiger Streithelfer dem Rechtsstreit der oHG. beitritt (§ 69, 61 ZPO.).

§ 12.

Die Folgen für den Ausscheidenden.

Der Ausscheidende verliert seine Mitgliedschaft in demselben Augenblick, in welchem der andere Gesellschafter eintritt [1]). Damit tritt eine Trennung des Weichenden von seinen bisherigen Mitgesellschaftern im gesell-

[13]) Staub § 124 A. 13. Dür.Hach. § 124 A. 11. RG. 39, 389. 49, 426.
[14]) Baumbach § 62 2 B. Staub § 128 A. 5.
[15]) Staub § 128 A. 5.
[16]) Staub § 124 A. 25. RG. 102, 301.
A. A. Wieland I S. 624. Jäger S. 65. Dür.Hach. § 128/9.
[1]) Behrend § 80 A. 22. Dür.Hach. § 138 A. 7 und II 1 Allg. Anm. 293. Staub § 141 A. 22. Schubert S. 20. Bahr S. 87. RG. 7, 94. 15, 81. 21, 95. 29, 425. ROHG. 10, 161.

schaftlichen Bereich ein, er verliert auch seine anteilige Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, gleichgültig, ob die vermögensrechtlichen Angelegenheiten mit ihm bereinigt sind oder nicht [2]). Ihm steht also von diesem Zeitpunkt an keine Geschäftsführungsbefugnis mehr zu, auch nicht das Recht, bei der Abwicklung laufender Geschäfte mitzuwirken, er verliert die Vertretungsmacht usw.

Andererseits ist er auch nicht mehr zur Mitarbeit verpflichtet. Bei Beantwortung der Frage, ob ihn fernerhin noch ein Wettbewerbsverbot trifft, ist zu beachten, daß einmal der neue Gesellschafter zum Eintritt in die Gesellschaft durch die augenblickliche Lage der oHG. bewogen wurde, und daß auf der anderen Seite die übrigen Gesellschafter mit dem Wechsel deswegen einverstanden waren, weil sie hofften, auf diese Weise den vollen Geschäftswert des Unternehmens mit allen seinen Möglichkeiten zu erhalten. Der Austretende ist daher nach Treu und Glauben verpflichtet, diesen Voraussetzungen nicht selbst entgegen zu handeln [3]) und darf den Betrieb der oHG. nicht durch Wettbewerbshandlungen beeinträchtigen [4]). Die Frage wird aber meist eine vertragliche Regelung finden. Eine solche ist dann nicht nach den für das Wettbewerbsverbot eines ausscheidenden Handelsgehilfen aufgestellten Bedingungen (§§ 74 ff. HGB.) zu beurteilen [5]), sie bedarf daher keiner Schriftform, ist zeitlich und örtlich unbegrenzt möglich und von der Verpflichtung zur Leistung einer Entschädigung unabhängig. Eine Vertragsstrafe ist wirksam vereinbart, soweit sie nicht gegen die guten Sitten verstößt [6]). Eine Ermäßigung nach § 343 BGB. erfolgt nicht (§ 348 HGB.).

Sein Guthaben tritt der Ausscheidende an den Eintretenden ab. Umgekehrt wird er im Zweifel durch den Eintritt des Neuen von einer etwa entstehenden Verpflichtung zur anteilsmäßigen Tragung des Verlustes [7]) befreit. Durch ihre Mitwirkung an dem Vertrag genehmigen die übrigen Gesellschafter als Vertreter der Gesellschaft die Schuldübernahme, welche in diesem Falle in den Abmachungen liegt. In dieser Hinsicht treten die Gesellschafter deswegen im Rahmen ihrer Vertretungsmacht auf, weil diese Nachschußpflicht eine Geldschuld des Ausscheidenden gegenüber der oHG. darstellt [8]). Insofern ist also auch die oHG. selbst am Vertragsschluß beteiligt.

---

[2]) A. A. nur Wieland I S. 649, 718 ff.
[3]) Schubert S. 89. Dür. Hach. § 138 A. 13. RG. 70, 231. 117, 176.
[4]) RG. LZ. 1917 Sp. 799/4.
[5]) Staub § 112 A. 8. § 22 A. 33 ff. Dür.Hach. § 138 A. 13.
[6]) Dür.Hach. § 138 A. 14. Staub § 22 A. 34. Schubert S. 91. RG. 31, 99.
[7]) BGB. § 739. Wieland I § 47 III 3, § 64 II 1 b. Staub Anhang zu § 141 Anm. 18.
[8]) Dür.Hach. II 1 Allg. Anm. 84, 292.

Nach außen haftet der Ausgeschiedene noch für Verbindlichkeiten der Gesellschaft, soweit diese während seiner Mitgliedschaft entstanden sind[9]), genauer, er haftet für alle Verbindlichkeiten, welche bis zur Eintragung und Bekanntmachung seines Ausscheidens entstanden sind, wenn sein Ausscheiden dem Vertragsgegner nicht bekannt war — § 15 Abs. II HGB.[10]), denn bis zur Eintragung und Bekanntgabe gilt das eingetragene Rechtsverhältnis (nämlich die Mitgliedschaft) als fortbestehend.

Die Haftung des weichenden Gesellschafters erstreckt sich aber auch auf Forderungen aus Rechtsgeschäften, die schon vor seinem Ausscheiden abgeschlossen wurden, aber erst später zur Ausführung kamen, weil in solchen Fällen die Forderung bereits während der Mitgliedschaft entstanden war, wenn sie auch erst später fällig wurde. Dies wird insbesondere bei langfristigen Lieferungsverträgen[11]), bei Mietverträgen[12]) und bei Dienstverträgen[13]) der Fall sein.

Das alles gilt nur, wenn der Ausscheidende durch die Gläubiger nicht aus seiner Haftung entlassen wird, und das kann jederzeit, auch schon während der Dauer der Mitgliedschaft geschehen[14]). Er wird daher einen Mitgliederwechsel einem solchen Vertragsgegner mitteilen. Nimmt dieser die Mitteilung ohne Widerspruch entgegen, so ist das nach Treu und Glauben so auszulegen, daß er wegen künftig fälliger Leistungen sich nicht mehr an den alten Gesellschafter halten wolle, sondern daß er mit der Haftung des neuen Gesellschafters an dessen Statt einverstanden sei. Erhebt er aber Widerspruch, so bleibt dem ausscheidenden Gesellschafter nichts anderes übrig, als von der Gesellschaft Kündigung des Vertrags zu dem nächstmöglichen Termin zu verlangen. Von dem Gläubiger kann nicht verlangt werden, daß er auf die Mithaftung des vielleicht einzigen zahlungsfähigen Gliedes der oHG. verzichte. Auf der anderen Seite ergibt sich für die jetzigen Gesellschafter der oHG., als Nachwirkung der gesellschaftlichen Verbundenheit auf Seiten der verbleibenden Teilhaber und als Wirkung des Uebergabevertrages für den neueingetretenen, die Pflicht, den ausgeschiedenen Gesellschafter nicht länger als unbedingt nötig der Gefahr einer Inanspruchnahme auszusetzen. Es besteht dann immer noch die Möglichkeit, das Vertragsverhältnis auf Grund einer Vereinbarung zwischen der Gesellschaft in ihrer neuen Zusammensetzung und dem Vertragsgegner fortzusetzen.

Für die Schuld der oHG. haftet der Ausgeschiedene als für eine fremde Schuld, es besteht insofern ein echtes Gesamtschuldverhältnis[15]). Seine be-

[9]) Staub § 128 A. 18. Dür. Hach. § 128 A. 16. RG. JW. 1928 S. 2612/2. RG. 142, 206.
[10]) Dür.Hach. § 143 A. 7. Staub § 143 A. 7. RG. JW. 1900 S. 253.
[11]) RG. 31, 46. RG. LZ. 1912 Sp. 548.
[12]) Oest. Ob. G. H. in JW. 1929 S. 3520.
[13]) RG. 36, 51.
[14]) RG. JW. 1928 S. 2612.
[15]) Lehmann in ZHR. 79, 741. Dür.Hach. § 128 A. 16. RG. JW. 1928 S. 2612/2

sondere Ausgestaltung erfährt dieses durch § 129 HGB., welcher, da dort nur von Gesellschaftern die Rede ist, auf den Ausgeschiedenen entsprechend angewandt werden muß. Dieser kann daher alle Einwendungen geltend machen, die der oHG. auch zustehen, es sei denn, daß sich aus der Natur der Einwendung ergibt, daß sie dem Ausgeschiedenen nicht zusteht. Das z. B. dann, wenn bei einem Vergleichsabschluß im Konkurs oder im Vergleichsverfahren gegen die Gesellschaft ein Gläubiger sich mit einem Teil der Forderung begnügen muß. Er kann dann seine Forderung auf den Rest gegen den Ausgeschiedenen geltend machen [16]). Dieser hat in diesem Fall nur ein Rückgriffsrecht gegen denjenigen, der an seine Stelle getreten ist, nicht aber auch gegen die übrigen verbliebenen Gesellschafter, denn die Vorschrift des § 738 I 2 BGB. tritt für den Fall eines Vergleichs hinter die Vorschriften der KO. bzw. Vergleichs-Ordnung zurück [17]).

Gemäß § 738 I BGB. hat nämlich der Ausgeschiedene, sofern er selbst seinen Vertragspflichten nachgekommen ist, einen Befreiungsanspruch, d. h. er kann von seinen früheren Mitgesellschaftern verlangen, daß sie ihn von den gemeinsamen Schulden befreien. Er erwirbt ihn mit Fälligkeit der Forderung, nicht erst, wenn er von den Gläubigern aus seiner Haftung in Anspruch genommen wird. Der Befreiungsanspruch richtet sich im allgemeinen, da es sich um eine Gesellschaftsschuld handelt, gegen alle nunmehrigen Mitglieder der oHG. Ob es dabei bleibt, oder ob nur der eingetretene Gesellschafter für die Erfüllung dieser Verbindlichkeit aufzukommen hat, muß im einzelnen Fall geprüft werden. Liegen keine Vereinbarungen vor, so ist insbesondere darauf abzuheben, auf wessen Betreiben der Wechsel erfolgte. Legten alle Gesellschafter Wert auf ihn, etwa um an die Stelle eines untauglichen Gesellschafters einen geeigneten zu setzen, so wird auch der Befreiungsanspruch gegen alle Gesellschafter entstehen. Anders, wenn der Wechsel durch den Ausscheidenden angeregt wurde, man denke etwa an die oben behandelten Fälle einer Uebertragbarkeitsabrede, dann wird die Mitwirkung der übrigen Gesellschafter durch die Vorstellung bedingt worden sein, daß durch den Wechsel in ihren Vermögensverhältnissen nichts geändert werde, der Vertragsschluß ist dann nach Treu und Glauben auch nicht anders auszulegen. Der Befreiungsanspruch entsteht unter diesen Umständen nur gegen den Eingetretenen.

Wird der Ausgeschiedene aus seiner Haftung in Anspruch genommen, so wird die Erfüllung des Befreiungsanspruches insoweit unmöglich, an seine Stelle tritt nach § 426 BGB. ein Rückgriffsrecht.

Der Ausscheidende hat ein erhebliches Interesse an der alsbaldigen Eintragung und Bekanntgabe seines Austrittes, einmal um seine Haftung auf

16) Staub § 129 A. 15. RG. JW. 1928 S. 2612/2. A. A. Dür.Hach. § 128 A. 16.

17) Staub § 128 A. 28. Dür.Hach. § 128 A. 16. Jäger KO. § 211 A. 6. RG. 29, 38. 56, 366. 142, 206.

die bis zu diesem Zeitpunkt entstandenen Schulden zu beschränken, dann auch, um etwaigen Ordnungsstrafen zur Erzwingung der Eintragung zu entgehen [18]). Er kann deshalb von seinen bisherigen Mitgesellschaftern die nach § 143 I HGB. erforderliche Mitwirkung verlangen. Dies ist ein Anspruch, der sich aus dem nunmehr beendigten Gesellschaftsverhältnis noch ergibt [19]). Da er zugleich dem öffentlichen Interesse der Rechtssicherheit dient, ist er unabdingbar, ihm kann auch nicht mit der Einwendung des nichterfüllten Vertrags begegnet werden [20]).

Entsprechendes gilt für die Verpflichtung des Ausscheidenden den verbleibenden Gesellschaftern gegenüber, seinerseits die Mitwirkung bei der Eintragung nicht zu versagen. Die Gesellschaft kann großen Wert auf den Eintrag legen, weil aus ihr der Wegfall der Vertretungsbefugnis sich ergibt.

§ 13.

Die Folgen für den Eintretenden.

I. Allgemeine Wirkungen.

Durch seinen Eintritt in die OHG. wird der neue Teilhaber Mitträger des Gesellschaftsverhältnisses. Er tritt in ein personenrechtliches Rechtsverhältnis ein, daraus erwachsen ihm Möglichkeiten und Beschränkungen, Rechte und Pflichten. Zu unterscheiden sind dabei die Rechtsbeziehungen, welche das Verhältnis nach außen ordnen, und die, welche das Verhältnis der Gesellschafter zueinander regeln. Während diese weitgehend durch Vereinbarung zwischen den Beteiligten im Gesellschaftsvertrag eine Regelung finden können, unterliegen die Rechte und Pflichten im Verhältnis zur Außenwelt im Interesse der Rechtssicherheit im allgemeinen zwingender gesetzlicher Regelung.

Mit seiner Aufnahme nimmt der Eintretende teil an dem Betrieb eines Handelsgewerbes. Es herrscht nun Meinungsverschiedenheit darüber, ob nur die oHG. als solche [1]), oder nur die einzelnen Gesellschafter [2]) Kaufmannseigenschaft besitzen, oder ob diese auf Gesellschaft und Einzelne aufgeteilt wird [3]). Die oHG. ist keine Rechtsperson, sondern ein Personenverband, die

[18]) Schubert S. 25. ROHG. 2, 172.
[19]) Dür.Hach. § 143 A. 5. Schubert S. 26.
[20]) Goldmann § 143 A. 6. Staub § 143 A. 1. Dür.Hach. § 143 A. 5. OLG. Hamburg OLGE. 40 S. 189.
[1]) so Wolff in der Festgabe für Gierke S. 119. Makower § 1 B. IV d 3.
[2]) so die herrschende Lehre. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 444. Litze in Ehrenbergs Handbuch II S. 555. Kohler in Arch.f.bürg.R. 40. 250. Goldmann § 1 A. 2. I. Dür.Hach. § 1 A. 6. Staub § 1 A. 18. Koenige § 1 A. 2. Hagemann S. 77. RG. 87, 100 und in JW. 1909 S. 695/29.
[3]) so Ehrenberg II S. 13, 69 ff. Wieland I S. 635.

Kaufmannseigenschaft kann aber nur Personen zukommen, weil sie kein Recht im Sinne von § 124 HGB. ist, sondern die Einordnung in einen rechtlich eigentümlich behandelten Stand bedeutet. Der Kaufmannsbegriff ist für natürliche Personen geschaffen und auf juristische Personen übertragbar, er paßt aber nicht für Personengesamtheiten. Es kann daher nur die Auffassung richtig sein, welche den Gesellschaftern als solchen Kaufmannseigenschaft zuspricht. Sie sind es aber nur in ihrer Eigenschaft als Mitglieder der oHG., nicht dagegen für ihren privaten Bereich [4]). Als Handelsgeschäfte des Neuen sind deshalb nur die zum Betrieb der oHG. gehörigen Rechtshandlungen zu rechnen. Eine Bürgschaft etwa, die er als Einzelperson eingeht, bedarf also trotzdem der Schriftform [5]).

Da die Gesellschaft trotz des Mitgliederwechsels rechtlich dieselbe bleibt, gilt meist auch die alte Gesellschaftsgrundlage weiter, d. h. der Neue tritt in die rechtlichen Beziehungen ein, wie sie im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag verabredet waren [6]). Allerdings ist, auch wenn ausdrückliche Vereinbarungen fehlen, stets zu prüfen, ob eine Unterwerfung unter den alten Vertrag gewollt ist [7]), ob der Neue sich insbesondere den Abreden fügen soll, durch die das Gesellschaftsverhältnis abweichend von den gesetzlichen Vorschriften geregelt wird. Diese Unterwerfung ist stillschweigend möglich, selbst wenn der Eintretende von den Abreden gar nichts weiß.

Im Zweifel gilt also die alte Gesellschaftsgrundlage unter den neuen Teilhabern weiter. Der Neue erwirbt also, abgesehen von seiner vermögensrechtlichen Stellung, die sich nach seinem Vorgänger richtet, innerhalb der oHG. die gesellschaftlichen Rechte und Pflichten, die einem Mitglied dieser Gesellschaft normalerweise zustehen. Es ist also nicht so, daß der Erwerber in die Rechtsstellung seines Vorgängers eintritt [8]). Hatte dieser eine Sonderstellung in der oHG., so geht diese nicht auf das neue Mitglied über. Stets aber ist zu fragen, ob eine solche Sonderstellung dem Vorgänger um seiner persönlichen Verhältnisse willen eingeräumt wurde, oder ob sie sich aus der Lage der betreffenden Gesellschaft heraus entwickelt hat [9]). Hatte der Vorgänger innerhalb der oHG. eine überragende Vertrauensstellung und beruhte diese auf seiner besonderen Zuverlässigkeit und Tüchtigkeit, wurde er also durch seine persönlichen Eigenschaften über die anderen Gesellschafter herausgehoben, so geht diese Stellung nicht auf den Nachfolger über. Beruhte sie aber auf der Unfähigkeit der Mitgesellschafter, waren diese etwa aus einem in ihrer Person liegenden Grund von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlos-

4) Staub § 1 A. 18.
5) RG. JW. 1909 S. 695/29.
6) RG. bei Warn. Bd. 5 Nr. 424.
7) RG. in LZ. 1913 Sp. 854 Nr. 24.
8) A. A. Dür.Hach. § 130 A. 6.
9) so Wieland § 61 III 1 für den Erben, und Behrend § 79 A. 14.

sen, so wirkt auch dieser Ausschluß weiter, der Neue erwirbt dann tatsächlich eine hervorragende Stellung.

Umgekehrt: war der Vorgänger von der Geschäftsführung ausgeschlossen, so ist zu fragen, ob dies aus Gründen geschah, die in seiner Person lagen, etwa seiner Unfähigkeit oder Minderjährigkeit, dann wird der Erwerber von diesem Ausschluß nicht betroffen, denn nicht seine Stellung als Mitglied dieser oHG. mit dem betreffenden Gesellschaftsvertrag als Grundlage war es, welche seinen Ausschluß herbeiführte, sondern Gründe, welche seine Person aus dem normalen Leben der oHG. ausgeschieden und ihm eine, der eigentlichen Grundlage der Gesellschaft widersprechende Stellung zugewiesen haben. — War dagegen sein Vorgänger von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen worden, weil das Schwergewicht innerhalb der Gesellschaft aus irgend einem Grunde bei einem oder einigen anderen Gesellschaftern ruhen sollte, war also bei dieser das Geschäftsführungsrecht eine Ausnahme, dann ist anzunehmen, daß der Ausschluß des Vorgängers nicht in dessen persönlichen Eigenschaften begründet war, sondern nur bezweckte, die besonderen Fähigkeiten der Mitgesellschafter bezw. des anderen Mitglieds zur vollen Auswirkung kommen zu lassen. Dann bleibt im Zweifel auch der Nachfolger von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen.

War der Vorgänger derjenige, dem auf Grund seiner besonderen Verdienste das alleinige Geschäftsführungsrecht zugesprochen war, so lebt das, durch die Uebermacht des Ausscheidenden ruhende Recht der übrigen Gesellschafter wieder auf. Auch der Eintretende erwirbt dann die normalen gesellschaftlichen Rechte. An die Stelle des ausnahmsweise gesetzten herrschaftlichen Aufbaues tritt wieder der regelmäßige genossenschaftliche Charakter der oHG. Verträgt sich dieser nicht mit dem betreffenden Unternehmen, so wird es an den Gesellschaftern liegen, wieder eine zweckvollere Lösung zu finden. Nun wird sich zeigen, ob der Nachfolger wirklich in der Lage ist, die Stellung seines Vorgängers innerhalb der Gesellschaft sich zu erobern.

Vielfach wird allerdings auf andere Gesichtspunkte abgehoben, sie wurden in der Hauptsache für den eintretenden Erben entwickelt, sollen aber auch für den Fall eines Eintritts auf Grund eines Vertrags unter Lebenden Anwendung finden. Früher wurde allgemein angenommen, der Nachfolger trete in die Stellung, also auch in die Geschäftsführungsrechte und Vertretungsbefugnis ein, welche auch der Vorgänger eingenommen hatte [10]), oder er habe wenigstens einen Anspruch darauf, von den Mitgesellschaftern dieselbe Stellung eingeräumt zu bekommen [11]). Demgegenüber wurde später behauptet, das Recht zu Geschäftsführung und Vertretung sei eine dem betreffenden Gesell-

[10]) Staub 6./7. Auflage § 139 A. 14. Viezens in ZHR. 35, 145. RG. bei Holdsheim 1905 S. 233. So jetzt auch Dür.Hach. § 139 A. 14. Wieland § 79 II 2a.
[11]) Lastig bei Endemann I S. 413.

schafter persönlich übertragene Vertrauensstellung, in diese folge der Nachfolger nicht [12]), wenn daher alle Gesellschafter diese Rechte haben, erwerbe sie auch der neu Eintretende, seien sie aber einem Teil der Mitglieder vorenthalten, so gehöre zu diesen auch der Nachfolger [13]), wenn im Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt ist. Zu einer grundsätzlich verschiedenen Behandlung dieser Fälle in der vorgeschlagenen Weise liegt aber kein sachlicher Grund vor [14]). Andererseits ist aber auch nicht stichhaltig, was Flechtheim [15]) für den Uebergang einer Vorzugsstellung vorbringt. Er führt aus, dem Recht zu Geschäftsführung und Vertretung stehe eine Pflicht gegenüber, diese sei vielleicht gerade die Hauptverpflichtung des Ausscheidenden gewesen, sein Nachfolger beziehe, wenn er von dieser Pflicht befreit würde, einen unangemessen hohen Gewinnanteil. Aber von einer solchen Befreiung kann bei der vorgeschlagenen Lösung keine Rede sein. Der Nachfolger tritt in den Pflichtenkreis seines Vorgängers ein, er ist also auch verpflichtet, die Dienste zu erbringen, welche seinem Vorgänger oblagen, nur steht es den übrigen Gesellschaftern in den betreffenden Fällen frei, ob sie diese Dienste in Anspruch nehmen wollen oder nicht. Es liegt dann ein einem Dienstverhältnis durchaus entsprechender Fall vor. Es kann vorkommen, daß ein Arbeitgeber, sobald er die Unfähigkeit des Arbeitnehmers, die vorgesehene Arbeit zu verrichten, erkannt hat, lieber den ausbedungenen Lohn bezahlt ohne den Arbeitnehmer zu beschäftigen, als einen Schaden durch fehlerhafte Arbeit in Kauf zu nehmen. Ist der Nachfolger eine brauchbare Arbeitskraft, so werden die übrigen Gesellschafter den Anspruch der oHG. auf Dienstleistung geltend machen und dem Eingetretenen ein Geschäftsführungsrecht und Vertretungsbefugnis einräumen, ein Grund ihnen diese Dienste aufzudrängen liegt nicht vor. Das Ergebnis, daß ein Gesellschafter einen ungerechtfertigt hohen Gewinnanteil bezieht, ist natürlich unbillig, es wird aber nicht dadurch erträglicher, daß man dem unbeliebten Gesellschafter die Möglichkeit gibt, der Gesellschaft durch seine Tätigkeit noch weitergehenden Schaden zuzufügen. Derartige Erscheinungen werden dadurch vermieden, daß man mit dem Erfordernis des Vertragsschlusses als Grundlage für den Mitgliederwechsel ernst macht, wie das oben durchzuführen versucht wurde. Auf die Dauer kann der Nachfolger natürlich nicht die Rechte des Ausgeschiedenen in Anspruch nehmen, wenn er den entsprechenden Pflichten nicht gewachsen ist [16]).

Zu dem Inhalt des Gesellschaftsvertrags, in welchen der Neue eintritt, gehören auch Abmachungen über die Verhütung der Auflösung, über die Aufnahme neuer Mitglieder, über Folgen der Kündigung usw. Auch insofern

12) Dür.Hach. II 1 Allgem. Anm. 296. Hagemann S. 80.
13) Staub § 139 A. 14. Lehmann/R. § 139 A. 10 a.
14) Dür.Hach. § 139 A. 14.
15) bei Dür.Hach. a.a.O.
16) Dür.Hach. § 139 A. 14.

unterwirft sich der Eintretende den vorher getroffenen Vereinbarungen. Ein anderes Ergebnis wäre unbefriedigend, sonst wäre es möglich, daß bei einer zweigliedrigen Gesellschaft, in welcher beiden Teilhabern die Vererblichkeit zugesichert wurde, der Erbe des erstversterbenden Gesellschafters sich den Eintritt des anderen Erben verbitten könnte[17]).

Wenn so auch der neueintretende Gesellschafter hinsichtlich der Herrschaftsrechte die Stellung einnimmt, welche die übrigen Gesellschafter normalerweise auch haben, so tritt er vermögensrechtlich kraft des zu Grunde liegenden Gesellschaftsvertrags in mancher Hinsicht das Erbe seines Vorgängers an. Ist nichts anderes bestimmt, dann geht der Wille der Parteien dahin, daß der Neue wirtschaftlich dieselbe Stellung einnimmt, wie sein Vorgänger. Das Auseinandersetzungsguthaben steht ihm in gleicher Höhe zu, wie seinem Vorgänger. Bei Gewinnanteil- und Zinsberechnung ist das Kapitalkonto des Ausscheidenden zu Grunde zu legen. Daß der Neue dieselbe anteilsmäßige Berechtigung am Gesellschaftsvermögen erwirbt, ist keine Besonderheit; die der anderen Gesellschafter ist auch nicht anders. Da es keine Beteiligung nach Bruchteilen ist, kann es auch keine Unterschiede in den Anteilen am Gesellschaftsvermögen geben.

Mit den Vermögensrechten erwirbt der Neue auch die Verpflichtungen des Vorgängers. Er hat dessen rückständige Einlagen aufzubringen und für die vertraglich vorgesehenen Einlagen aufzukommen. Dem Außenstehenden gegenüber übernimmt er die Pflicht, ihn von seinen Gesellschaftsschulden zu befreien.

II. Die Haftung des Eingetretenen.

Die schwerwiegendste Folge des Eintritts ist die Haftung des neuen Gesellschafters für die Schulden der oHG. Mit seinem Eintritt werden diese zu den seinigen, da er als Mitträger der Gesamtheit, so wie er an dem Vermögen der Gesellschaft beteiligt wird, auch mit der Träger für die Belastungen derselben ist[18]). Diese Folge bringt der § 128 HGB. zum Ausdruck. Die Regelung in dieser Hinsicht weicht von der bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ab. Bei letzterer haften neueintretende Gesellschafter für Schulden, welche zur Zeit ihres Eintritts schon entstanden waren, nur mit ihrem Anteil am Gesellschaftsvermögen[19]), für die Mitglieder einer oHG. gilt diese Beschränkung nicht. Nach § 130 HGB. haftet der neue Gesellschafter auch für alle bereits vor seinem Beitritt zur Entstehung gelangten Verbindlichkeiten der oHG. Seine Haftung umfaßt nicht nur Vertragsschulden, sondern

[17]) RG. 93, 56.

[18]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 494. und in Arch.f.bürg.R. 19, 127. Staudinger §718 III 2. RGRK. § 718/5.

[19]) Gierke, Vereine S. 41. Kaufmann S. 108 f. RGRK. § 736 A. 2.

auch solche aus unerlaubter Handlung der anderen Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten, für welche ihrerseits die oHG. haftet [20]). Aus ungerechtfertigter Bereicherung der oHG. haftet er vorerst nur mit seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen [21]), mit seinem Privatvermögen erst und insoweit, als er für dasselbe etwas erlangt hat. Wurde ein Anspruch gegen die oHG. vor seinem Eintritt rechtskräftig festgestellt, dann muß er dieses Urteil gegen sich gelten lassen [22]).

Diese Haftung beruht auf der Tatsache seines Eintritts in die Gesellschaft, ist also durchaus unabhängig von einer Weiterverpflichtung des Ausscheidenden. Nach § 128 S. 2 HGB. ist eine entgegenstehende Vereinbarung Dritten gegenüber unwirksam. Eine innere Vereinbarung über die Deckungspflicht wird dadurch nicht berührt.

Die Haftung entsteht aber erst dann, wenn der Eintritt nach außen wirksam geworden ist. Das ist in entsprechender Anwendung des Grundgedankens von § 123 HGB. anzunehmen. Es ist daher erforderlich, daß zu dem Vertrag zwischen den Gesellschaftern noch etwas hinzukommt, was die neugegliederte Gesellschaft mit der Außenwelt in Berührung bringt. Entweder die Eintragung in das Handelsregister, oder die Fortführung des Unternehmens unter der bisherigen Firma, aber mit Zustimmung des neuen Gesellschafters [23]). Nicht notwendig ist dagegen, daß die Aenderung im Mitgliederbestand nach außen zum Ausdruck gekommen ist, weil nicht das Wissen des Außenstehenden entscheidend ist, sondern die Beteiligung des Neuen an Geschäften der oHG., und diese liegt in einer solchen Fortführung, denn durch die Firma, in deren Namen die Geschäfte abgeschlossen werden, sind die jeweiligen Gesellschafter verkörpert [24]).

III. Die Wirkung auf das Privatvermögen des neuen Gesellschafters.

Das Privatvermögen des Eintretenden wird durch den Eintritt nicht unmittelbar berührt. Wohl aber mittelbar, besonders dann, wenn der Neue den Ausscheidenden abfinden muß. Nicht immer stellt das Ausscheiden zugunsten eines Anderen eine unentgeltliche Zuwendung dar, obgleich dies immerhin häufig der Fall sein mag, etwa dann, wenn der Vater dem Sohn Platz macht. Oft wird aber ein Gesellschafter nur dann zum Ausscheiden unter Abtretung des Abfindungsguthabens bereit sein, wenn ihm eine entsprechende

20) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 560. Wieland I 419. Staub § 126 A. 4, § 128 A. 15. Dür.Hach. § 126 A. 16. § 128 A. 3. RG. 32, 32 ff. 76, 35.
21) Knoke, Recht der Gesellschaft S. 81. Dür.Hach. II 1 Allg. Anm. 151. § 128 A. 3. RG. 93, 229.
22) Jäger S. 64. Dür.Hach. § 130 A. 11.
23) Staub § 130 A. 4. RG. 128, 181.
24) Dür.Hach. § 130 A. 9. Staub § 130 A. 9.

Vergütung dafür gewährt wird. So kann es vorkommen, daß in den Augen der Beteiligten der Vorgang sich als Verkauf der Mitgliedschaft darstellt, obgleich in Wirklichkeit nur die Abfindung des Ausscheidenden geregelt wird [25]). Den vereinbarten Betrag entnimmt der Eintretende seinem Privatvermögen. Er erwirbt dafür eine Beteiligung an einer von seinem Privatvermögen scharf geschiedenen Vermögensmasse, nämlich dem Gesellschaftsvermögen. Die Trennung ist nicht von sehr weittragender Bedeutung, soweit es sich um gesellschaftliche Rechtsbeziehungen des Eingetretenen handelt, denn er haftet ja unmittelbar mit seinem ganzen Vermögen, auch sein Privatvermögen steht also den Gesellschaftsgläubigern offen.

Die Privatgläubiger dagegen haben keinen unmittelbaren Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen. Es steht ihnen nur das Privatvermögen des Gesellschafters zur Verfügung. Es ist offensichtlich, daß sich die Stellung dieser Gläubiger durch den Einkauf in eine oHG. stark verschlechtert. Die Mitgliedschaft kann der Gläubiger nicht pfänden, weil sie nicht übertragbar ist (§ 851 ZPO.). Pfändbar sind lediglich die Ansprüche aus der Geschäftsführung, soweit deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann, ferner der Anspruch des Gesellschafters auf den Gewinnanteil (§ 717 S. 2 BGB.). Wollen sich die Gläubiger den eigentlichen Wert der Beteiligung ihres Schuldners sichern und zugänglich machen, so müssen sie das Auseinandersetzungsguthaben nach § 135 HGB., 859 ZPO. pfänden und die oHG. kündigen, nachdem innerhalb der letzten 6 Monate die Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen erfolglos versucht worden ist. Das Auseinandersetzungsguthaben ergibt sich aber nach Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger, d. h. der Privatgläubiger steht hinsichtlich der Beteiligung seines Schuldners an dem Gesellschaftsvermögen hinter allen Gesellschaftsgläubigern zurück. Seine Stellung wird also in hohem Maße verschlechtert.

Eigentümlich ist das Schicksal von Forderungen, die der Neue bereits vor seinem Eintritt in die oHG. gegen diese erworben hatte. Der oHG. gegenüber ist er nach wie vor Drittgläubiger, wie ja auch ein Gesellschafter während der Dauer des Gesellschaftsverhältnisses Ansprüche gegen die Gesellschaft erwerben kann, welche von den eigentlichen gesellschaftlichen Verpflichtungen verschieden sind, hinsichtlich deren also ein Drittverhältnis besteht, z. B. Ansprüche aus einer Warenlieferung an die oHG., aus Mietvertrag, eine von einem Dritten erworbene Forderung [26]). Die Möglichkeit einer solch doppelten Rechtsstellung gegenüber der oHG. als Drittgläubiger und Gesellschafter ergibt sich aus der Verselbständigung des Gesellschaftsvermögens gegenüber dem Privatvermögen des einzelnen Gesellschafters, wie sie für die oHG. insbesondere durch § 124 HGB. zum Ausdruck gebracht wird.

[25]) RG. 83, 415.
[26]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 539 ff.

Das Gesellschaftsvermögen steht deshalb für solche Forderungen einem Zugriff in voller Höhe offen.

Was aber die unbeschränkte persönliche Haftung seiner Mitgesellschafter für solche Forderungen anbelangt, so kann der Umstand nicht ohne Einfluß sein, daß er mit ihnen ein Vertragsverhältnis eingegangen ist, welches folgerichtig auf dem Grundsatz „Alle für Einen, Einer für Alle" beruht. Die zu Grunde liegende Frage ist im Schrifttum sehr umstritten und wird in der Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet, sie wird meist in der Form gestellt: Kann ein Gesellschafter, der der oHG. gegenüber Drittgläubiger ist, für diese Forderung seine Mitgesellschafter aus ihrer persönlichen und unbeschränkten Haftung in Anspruch nehmen? Im Anschluß an das ALHGB. wurde ursprünglich allgemein die Ansicht vertreten, innerhalb der oHG. sei der gemeinschaftliche Zug so stark, daß dem gegenüber die Rechtsstellung des Gesellschafters als Dritter zurücktreten müsse [27]). Vor der endgültigen Fassung des HGB. machten sich aber sehr starke Strömungen bemerkbar, welche auf eine entschiedene Durchführung der Drittschuldnerschaft auch den Gesellschaftern gegenüber abzielten [28]). Dieser Ansicht schloß sich das RG. in einigen Urteilen an [29]). Mit Rücksicht auf diese Rechtsprechung wurde die Bestimmung des § 100 II des Entwurfs, durch welche die persönliche und unbeschränkte Haftung einem Mitgesellschafter gegenüber ausgeschlossen werden sollte, gestrichen, und damit die Beantwortung der Frage der Lehre und Rechtsprechung überlassen [30]). Die Mehrzahl der Schriftsteller entschied sich in der Folgezeit für eine unbeschränkte und persönliche Haftung [31]), mit der auch vom Reichsgericht in den erwähnten Entscheidungen bereits gemachten Einschränkung, daß der Gläubiger-Gesellschafter das abzurechnen habe, was bei einer anteilsmäßigen Verteilung auf ihn entfallen würde. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts ist schwankend. Im 59. Band [32]) ließ es die Frage ausdrücklich dahingestellt. Dagegen nahm der I. Senat in verschiedenen Entscheidungen mit aller Entschiedenheit die entgegengesetzte Stellung ein [33]). Er betonte, die Anwendung des § 128 HGB. würde dem Vertragsverhältnis widersprechen, welches bei Fehlen einer ausdrücklich anderslautenden Bestimmung bedinge, daß während der Dauer des Gesellschaftsverhältnisses ein Mitgesellschafter sich auf das Gesellschaftsvermögen verweisen lasse.

---

27) Behrend § 77. Keißner Art. 112 Art. 6. Hahn Art. 122. ROHG. 13, 145.
28) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 522 ff. Cosack § 194 II 5.
29) RG. II. Senat Bd. 36, 60 ff. und in JW. 1896, 58/10.
30) Denkschrift S. 94. RG. 59, 145.
31) Staub § 128 A. 24. Goldmann § 128 A. 28. Lehmann/R. § 109 A. 5. A. A. bes. Dür.Hach. § 128 A. 15.
32) RG. 59, 144.
33) RG. 77, 105 und in LZ. 1912, 912. Urt. v. 14. 12. 03. Rep. I 318/03.

Für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts entschied der III. Senat wieder im Sinne einer folgerichtigen Drittgläubigerschaft, denn nach § 707 BGB. brauche ein Gesellschafter seinen Beitrag nicht zu erhöhen [34]).

Die herrschende Lehre hat zweifellos den Vorzug der formellen Folgerichtigkeit für sich. Sie führt aber zu unbilligen Ergebnissen, weil sie die Wirkung des Gesellschaftsbandes nicht genügend berücksichtigt. In Wirklichkeit besteht die unbeschränkte persönliche Haftung des einzelnen Gesellschafters nur Außenstehenden gegenüber [35]), dann kann sie aber auch, je nach Wahl des Gläubigers jedem Gesellschafter gegenüber geltend gemacht werden. Alle Gesellschafter befinden sich dann in der gleichen Lage, wie das einem Gesellschaftsverhältnis durchaus entspricht. Ist der Gläubiger aber selbst Gesellschafter, dann könnte er diese sonst jedem Teilhaber drohende Gefahr auf einen derselben abwälzen, ohne ihr selbst zu unterliegen. Wenn man dem Gläubiger-Gesellschafter keine Beitragserhöhung zumuten will, dann darf man ihm auch nicht erlauben, eine solche Erhöhung einem Teilhaber aufzubürden. Ein solcher Gesellschafter ist dann in der gleichen Lage, wie einer, der von einem Gläubiger persönlich in Anspruch genommen wurde. Im Innenverhältnis sind die Gesellschafter verpflichtet, die Gefahr gemeinsam und entsprechend dem § 426 BGB. zu gleichen Teilen zu tragen, nicht etwa im Verhältnis ihres Anteils am Verlust [36]), denn durch die gemeinsame Haftung soll kein endgültiger Ausgleich geschaffen werden, und in Bezug auf die Schuldenhaftung sind die Gesellschafter Gesamtschuldner. Der Gläubiger-Gesellschafter kann daher, soweit er aus dem Gesellschaftsvermögen keine Befriedigung erlangen kann, von jedem seiner Mitgesellschafter nur den Betrag verlangen, der bei gleichmäßiger Umlegung der Schuld auf jeden einzelnen entfällt, ein Mehr würde dem die oHG. vor allem beherrschenden Grundsatz der Gesellschaftstreue nicht entsprechen.

§ 14.

Der Mitgliederwechsel bei der Kommanditgesellschaft.

Wie die oHG. ist auch die KG. nach dem Grundsatz der gesamten Hand aufgebaut. Der Unterschied zwischen beiden Gesellschaftsformen liegt vor allem darin, daß bei der KG. wenigstens ein Mitglied, der Kommanditist, den Gläubigern der Gesellschaft nur mit einem zahlenmäßig beschränkten Betrag haftet, während auf der anderen Seite wenigstens ein Mitglied vorhanden sein muß, das unbeschränkt haftet, der Komplementär. Dieser Letztere ist das

[34]) RG. 85, 157.
[35]) Dür.Hach. § 128 A. 15.
[36]) A. A. Dür.Hach. a.a.O.

Rückgrat der KG.[1]), seine ganze Persönlichkeit wird wirtschaftlich in den Gesellschaftsbereich einbezogen, er hat mit seinem ganzen Vermögen für den Erfolg des Unternehmens einzustehen, ihm obliegen auch Vertretung und Geschäftsführung der Gesellschaft. Die Stellung des Komplementärs in der KG. entspricht demnach der eines Gesellschafters einer oHG., sie beruht vor allem auf dem Vertrauen zwischen ihm und den anderen Komplementären, aber auch auf dem der Kommanditisten zu ihm. Auf Aus- und Eintritt eines Komplementärs finden daher alle oben für die oHG. entwickelten Grundsätze Anwendung. Auch die Stellung als persönlich unbeschränkt haftender Gesellschafter in einer KG. kann nicht übertragen werden, sie entsteht nur durch Vertragsschluß mit allen anderen Gesellschaftern, den beschränkt und den unbeschränkt haftenden, und der Anteil am Gesellschaftsvermögen ist die Folge der neuen Mitgliedschaft.

Besonderheiten können sich nur für den Kommanditisten ergeben. Es soll hier nicht auf den Streit eingegangen werden, ob diese Beteiligungsform nur eine Abart ist von der eines Komplementärs, oder ob es sich hier um eine grundsätzlich anders geartete Beteiligungsform handelt[2]). Wesentlich in unserem Zusammenhang ist, daß bei der Beteiligung des Kommanditisten, obgleich auch er am Gesellschaftsvermögen gesamthänderisch beteiligt ist, der Hauptton nicht auf dem personenrechtlichen Verhältnis der Zugliederung liegt, sondern auf rein vermögensrechtlichem Gebiet.

Es wurde schon gezeigt, daß die gesamte Hand verschiedenster Ausprägungen fähig ist. So wie bei der oHG. das rein persönliche Vertrauensverhältnis die Grundlage der Teilhaberschaft bildet, so bei der Kommanditgesellschaft das Bestreben, sich kapitalmäßig an einem Unternehmen zu beteiligen. Obgleich der Kommanditist, rein rechtlich betrachtet, Mitinhaber des Geschäfts ist (das unterscheidet ihn von dem stillen Gesellschafter), erscheint seine Teilhaberschaft wirtschaftlich doch in erster Linie als Kapitalbeteiligung[3]).

Die aus diesem Grunde nach innen und außen von der des Komplementärs verschieden geartete Stellung des Kommanditisten kommt in verschiedenen Bestimmungen klar zum Ausdruck. Es wurde schon erwähnt, daß der Kommanditist nur beschränkt haftet (§ 171 ff. HGB.), er ist auch zur Vertretung der Gesellschaft nicht berechtigt (§ 170 HGB.). Diese beiden, das Gesellschaftsverhältnis nach außen regelnden Bestimmungen sind unabdingbar. Haftet keiner der Gesellschafter beschränkt, dann liegt keine Kommanditgesellschaft vor, und zum vertretungsberechtigten Gesellschafter kann der Kommanditist auch nicht durch Gesellschaftsvertrag bestellt werden. Es kann ihm höch-

[1]) RG. 106, 66.
[2]) Dazu Heinsheimer, Teilhaberschaft S. 120 ff.
[3]) Dür.Hach. § 161. A. 4.

stens eine, jederzeit widerrufliche, Handlungsvollmacht oder Prokura eingeräumt werden [4]).

Im Innenverhältnis der Gesellschaft äußert sich die Verschiedenheit dadurch, daß der Kommanditist von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist (§ 164 HGB.), ihn trifft kein Konkurrenzverbot (§§ 165, 112 f. HGB.), er hat nur sehr beschränkte Kontrollrechte (§ 166 HGB.) und ein Widerspruchsrecht steht ihm nur wegen Handlungen zu, welche über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes dieser Gesellschaft hinausgehen (§ 164 HGB.). Ferner sind Gewinnberechnung und -Buchung ganz einer kapitalmäßigen Beteiligung angepaßt (§§ 167 ff. HGB.). Der Tod eines Gesellschafters, der nur Kommanditistenstellung einnimmt, hat nicht die Auflösung der Gesellschaft zur Folge, vielmehr geht seine Stellung auch ohne eine entsprechende Bestimmung im Gesellschaftsvertrag auf die Erben über.

Rein äußerlich kommt der Unterschied darin zum Vorschein, daß die Namen der Kommanditisten nicht bekannt gemacht werden (§ 162 II HGB.) und in die Firma nicht aufgenommen werden dürfen (§ 19 IV HGB.).

Alles dies deutet darauf hin, daß der Kommanditist bei weitem nicht so mit dem Schicksal der Gesellschaft verwoben ist, wie der persönlich haftende Gesellschafter, er ist in der Hauptsache eben Geldgeber. Deshalb ist, wiewohl der Kommanditist seine Einlage dem Komplementär praktisch zur Verfügung stellt, seine vertragliche Mitwirkung bei der Aufnahme eines Komplementärs also nicht umgangen werden kann, umgekehrt ein persönliches Vertrauensverhältnis von dem Komplementär seinerseits zu dem Kommanditisten und zwischen mehreren vorhandenen Kommanditisten nicht notwendig Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses. Ueber die Hoffnung, der Kommanditist werde seiner Leistungspflicht auf finanziellem Gebiet nachkommen, geht das Vertrauen in der Regel nicht hinaus. Die Rechte, welche dem Kommanditisten zustehen, sind nicht solche, welche den Bestand des Unternehmens maßgebend beeinflussen können. Gedeih und Verderben desselben und damit des Komplementärs sind also nicht abhängig von der Zuverlässigkeit des Kommanditisten. Insofern trägt dessen Mitgliedschaft einen ganz anderen Charakter als die eines Gesellschafters bei einer oHG. In demselben Maße, wie die rein vermögensrechtliche Seite ausgebildet wird, tritt das persönliche Vertrauensverhältnis zurück. Es wurde oben entwickelt, daß die Nichtübertragbarkeit der Mitgliedschaft, und das Gebot eines Vertragschlusses als Grundlage für die Teilhaberschaft bei einer oHG. sich nur ergeben aus dieser personenrechtlichen Vertrauensstellung des einzelnen Gesellschafters. Entfällt diese, so wird auch der Erwerb der Mitgliedschaft auf anderem Wege ermöglicht.

Da auch die KG., als Personalgesellschaft, auf vertraglicher Grundlage beruht, ist auch bei ihr in der Regel ein Vertragsschluß zwischen den neuen

[4]) Wieland S. 754 A. 4.

Gesellschaftern Vorbedingung für die Aufnahme eines neuen Kommanditisten. Diese vertragliche Grundlage der KG. kann aber im Gesellschaftsvertrag abgeschwächt werden. Die Teilhaberschaft kann dadurch noch stärker als reine Kapitalbeteiligung ausgestaltet werden, daß ihr Vertretbarkeit zugeschrieben wird. Mit dem Aufbau einer KG. ist das nicht unvereinbar, eine solche Abrede ist vielmehr nur eine folgerichtige Durchführung der im Gesetz getroffenen Regelung des Gesellschaftsverhältnisses.

Das rein personenrechtliche Verhältnis der Zugliederung in die Gemeinschaft, welches, wenn auch der oHG. gegenüber nur in sehr schwachem Maße ausgebildet, doch vorhanden ist, kann seiner Natur nach nicht übertragen werden. Eine solche Vereinbarung der Uebertragung beruht vielmehr darauf, daß die Teilhaberschaft als Kommanditist völlig auf dem sachenrechtlichen Anteil am Gesellschaftsvermögen aufbaut. Wie bei der oHG. die Mitberechtigung am Gesellschaftsvermögen die Folge der Zugliederung ist, so sind bei der übertragbar gestalteten Kommanditistenstellung die reinen Mitgliedschaftsrechte eine Folge der anteilsmäßigen Berechtigung am Gesellschaftsvermögen. Wenn dieser Vermögensanteil nicht Folgeerscheinung einer personenrechtlichen Stellung ist, sondern als Selbstzweck erscheint, ist er, als rein sachenrechtliches Gebilde, übertragbar. Da er ferner die Mitgliedschaft verkörpert, d. h. die Mitgliedschaft in der Hauptsache anteilsmäßige Beteiligung am Gesellschaftsvermögen ist, und die sozialrechtliche Einordnung nur erfolgt, um dem Beteiligten den Genuß des Anteils zu sichern, kann mit Recht von einer Uebertragung der Mitgliedschaft gesprochen werden.

Immerhin ist auch die Kommanditgesellschaft ein Personenverband, welcher als solcher Träger des Gesellschaftsvermögens ist, und in welchem auch den beschränkt haftenden Mitgliedern nicht unerhebliche Rechte zustehen. Zum Eintritt in einen solchen Personenverband ist außer der rein individualrechtlichen Uebertragung des Anteils am Gesellschaftsvermögen auch noch ein sozialrechtlicher Akt notwendig. Eine Gemeinschaft verlangt Bewußtsein, auch wenn die persönliche Seite nicht besonders betont ist. Die einzelnen Beteiligten müssen wenigstens jederzeit in der Lage sein zu erfahren, wer Mitträger der Gemeinsphäre ist, diese Gelegenheit haben sie, wenn die Gesellschaft selbst von der Uebertragung Mitteilung erlangt hat. Wenn daher im einzelnen Fall durch Gesellschaftsvertrag die Mitgliedschaft eines Kommanditisten für frei übertragbar erklärt ist, so ist doch auch dann zur Wirksamkeit der Uebertragung erforderlich, daß sie dem geschäftsführenden Gesellschafter mitgeteilt wird. Erst mit Zugang dieser Erklärung wird der Abtretungsempfänger Mitglied der Gesellschaft, erst in diesem Augenblick erwirbt er auch den Anteil am Gesellschaftsvermögen, da auch bei dem Kommanditisten, wie bei jedem Gesamthänder, die anteilsmäßige Beteiligung am Gesellschaftsvermögen ab-

hängig ist von der sozialrechtlichen Stellung in der Personengemeinschaft, also erst gleichzeitig mit ihr gewonnen werden kann.

Das Reichsgericht [5]) stellt die Eigenschaft der KG. als einer Personalgesellschaft in den Vordergrund und schließt daraus, daß auch der Eintritt eines Kommanditisten nur durch Vertragsschluß des neuen Gesellschafters mit allen übrigen erfolgen könne. Es verkennt dabei, daß eine gesetzliche Bestimmung, welche das vertragliche Erfordernis vorschreiben würde, nicht besteht, daß es sich vielmehr aus dem Aufbau der einzelnen Beteiligungsformen bei Personalgesellschaften ergibt; es ist daher bei jeder Beteiligungsform die Frage, ob sie übertragen werden kann, erneut aufzuwerfen und nach den der betreffenden Beteiligungsart eigentümlichen Aufbauelementen zu entscheiden. Wird so vorgegangen, dann kann kein Zweifel darüber bestehen, daß die Kommanditistenstellung anderen Regeln folgt, als die Mitgliedschaft bei einer oHG.

Im Inneren äußert sich dieser Mitgliederwechsel durchaus entsprechend dem bei der oHG. Der neueintretende Gesellschafter führt das Kapitalkonto des ausscheidenden weiter, er tritt aber nicht in die besondere Vertrauensstellung des Vorgängers ein, denn diese ist nicht eine notwendige Folge der übertragenen Vermögensbeteiligung. Wenn im Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt ist, nimmt er dieselbe Stellung ein, wie ein nicht besonders bevorzugter oder benachteiligter Kommanditist dieser Gesellschaft.

Nach außen bedarf es, um die Haftung des eingetretenen Gesellschafters zu beschränken, noch der Eintragung im Handelsregister (§ 176 II HGB.). Da er in die frei gewordene Mitgliederstelle eingetreten ist, kommen ihm die Einlagen seines Vorgängers zu Gute. Er kann sich auf dessen Leistungen berufen, ohne daß hiezu eine besondere Uebertragung des Kapitalanteils nötig wäre [6]). Der Vorgang ist auch nicht etwa so zu verstehen, als habe der austretende Kommanditist sein Kapitalguthaben ausbezahlt erhalten, und der eintretende dieses einbezahlt, so daß die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters wieder auflebe, als hätte er seine Einlage nicht bezahlt [7]), denn es handelt sich um eine echte Nachfolge, nicht um einen Austritt und einen Eintritt, welche rechtlich nicht in Zusammenhang stehen. Die Gläubiger werden durch eine solche Uebertragung nicht geschädigt, denn es wird dem Gesellschaftsvermögen

---

[5]) RG. 128, 176.

[6]) A. A. Dür.Hach. § 173 Anm. 7. Diese Auffassung ist auch schon deswegen abwegig, weil der Kapitalanteil eine rein rechnerische Größe darstellt und weder eine Forderung, noch ein dingliches Recht oder auch ein Rechtsverhältnis. Er kann daher auch nicht übertragen werden (so auch Geiler bei Dür.Hach. II 1 Allg. Anm. 39). Tatsächlich wird als Folge des Mitgliederwechsels die Beteiligung des neuen Gesellschafters nach dem Kapitalanteil des ausgeschiedenen berechnet.

[7]) So aber Dür.Hach. § 137 A. 7.

nichts entzogen. Für Schulden, welche im Augenblick des Wechsels bereits entstanden waren, haftet der ausscheidende Gesellschafter allerdings noch in Höhe seiner nicht gedeckten Einlage für die Dauer von 5 Jahren (§ 159 HGB.). Für diese Schulden haftet auch der eintretende Gesellschafter (§ 173 HGB.), seinem Vorgänger gegenüber wird er allerdings meist aus dem zu Grunde liegenden Kausalgeschäft verpflichtet sein, für Deckung zu sorgen.

Benützte Bücher.

Annecke-Mönnighof: Der Ausschluß eines Gesellschafters der oHG. durch gerichtliches Urteil. Diss. Tübingen 1931.

Baumbach: Zivilprozeßordnung. 10. Aufl. 1935.

Behrend: Lehrbuch des Handelsrechts 1886.

Beseler: System des gemeinen deutschen Privatrechts. 2. Aufl. 1866 und 4. Aufl. 1885.

Binder: Das Problem der juristischen Persönlichkeit. 1907.

— Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen BGB. Teil II 1903. Teil III 1905.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. 12. Aufl. 1930.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900/12.

Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches. Heymannsche Ausgabe. 1897.

Dernburg: Das bürgerliche Recht. 1906.

Düringer/Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch. Insbesondere:
II. Band 1. Hälfte. Allgemeine Einleitung: Das Gesellschaftsrecht des bürgerlichen Rechts, von Geiler. 3. Aufl. 1932.
II. Band 1. Hälfte. (§§ 105—177, 335—342) von Flechtheim. 3. Aufl. 1932. (Abgekürzt: Dür.Hach. §...).

Ehrenberg in Handbuch des gesamten Handelsrechts. Bd. II § 6 1918, bearb. von Ehrenberg.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 6. Aufl. 1899.

Enneccerus/Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse. 1930.

Feine: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. 1929.

— Von der weltgeschichtlichen Bedeutung des germanischen Rechts. = Rostocker Universitätsreden I. 1926.

Fellmeth: Der Erbe eines Mitglieds einer oHG. Diss. Tübingen 1931.

Förster/Kann: Erläuterungsbuch zur ZPO. 3. Aufl. 1913.

v. Gierke, Julius: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. 4. Aufl. 1933.

— Die Geschichte des deutschen Deichrechts I. Teil 1931. = Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte Heft 63.

v. Gierke, Otto: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. 1887.

— Genossenschaftsrecht. 4 Bde. 1868—1913.

v. Gierke, Otto: Grundzüge des deutschen Handelsrechts, bei Holtzendorff-Kohler. Bd. III. 1913.
— Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe in dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich. 1889.
— Das Deutsche Privatrecht. 3 Bde. Leipzig 1895—1917.
— Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Recht. 2. Aufl. 1902.
— Das Wesen der menschlichen Verbände. Berliner Rektoratsrede 1902.
Goldmann: Das Handelsgesetzbuch von 1897. 1905.
Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts. 2. Aufl. 1874.
— Universalgeschichte des Handelsrechts. 1. Lief. 1891.
Hagemann: Der Eintritt eines Gesellschafters in die oHG. Diss. Jena 1911.
Heck: Grundriß des Schuldrechts. 1929.
Heinsheimer: Handelsrecht. Bei Kohlrausch/Kaskel. 2. Aufl. 1927.
— Ueber die Teilhaberschaft 1930.
Hellwig: Anspruch und Klagerecht. 1900.
— System des deutschen Zivilprozeßrechts, vollendet von Oertmann. 2 Bde. 1912/19.
— Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.
Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts. 1885/86.
Hölder: Kommentar zum Allg. Teil des BGB. 1900.
Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts. 5. Aufl. 1930.
Kaufmann: Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen. 1911.
Kipp: Erbrecht. 7. Bearb. 1928.
Knoke: Das Recht der Gesellschaft nach dem BGB. 1901.
Könige: Handausgabe des Handelsgesetzbuches. 2. Aufl. 1929.
Kreß: Lehrbuch des besonderen Schuldrechts. 1934.
Lastig: Die Handelsgesellschaften, in Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Bd. I S. 310 ff. 1881.
Lehmann: Lehrbuch des Handelsrechts. 3. Aufl. bearb. von Hoeniger Bd. I. 1921.
— Das Recht der Aktiengesellschaften. 1898.
Lehmann/Ring: Das HGB. für das deutsche Reich. 1902.
Leonhard: Das allgemeine Schuldrecht des BGB. 1929.
Loening/Pasch/Straßmann: Bürgerliches Gesetzbuch. 1931.
Makower: HGB. mit Kommentar. 13. Aufl. 1906/07.
Motive zum Entwurf eines BGB. Amtliche Ausg.
Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse. 5. Aufl. 1928.
Pisko: Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs. 1927.
Planck: Kommentar zum BGB. Insbes. II. Bd. 2. Hälfte, von Siber. 1928.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines BGB. bearb. von Achilles u. a. 1897—1899.

Rehme: Geschichte des Handelsrechts, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts Bd. I 1913. S. 28 ff.

Reichel: Höchstpersönliche Rechtsgeschäfte. 1931.

Das BGB. erläutert von Bessau u. a. (Abgekürzt: RGRK.) 8. Aufl. 1934/5.

Riesenfeld: Die Erbenhaftung nach dem BGB. I. 1916.

Ring: Das Reichsgesetz betr. die KG.a.A. und AG. 2. Aufl. 1893.

Rosenberg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 3. Aufl. 1931.

Schloßmann: Die Lehre von der Stellvertretung. Bd. I 1900.

Schroth: Der Aufbau der Gesellschaft des BGB. als Schuldverhältnis und Gemeinschaftsverhältnis. Diss. Leipzig 1931.

Seuffert/Walsmann: Kommentar zur ZPO. 12. Aufl. 1933.

Sohm: Der Gegenstand. 1905.

— Institutionen des römischen Rechts. 17. Aufl. 1923.

Staubs Kommentar zum HGB. 14. Aufl. 1932/33. Insbes. Bd. I bearb. von Pinner.

Staub/Hachenburg: Kommentar zum Ges. betr. die GmbH. 5. Aufl. 1926/27.

Stein/Jonas: Die ZPO. für das Deutsche Reich. 15. Aufl. 1934.

Stoll: Das bürgerliche Recht in der Zeitenwende. 1933.

v. Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerl. Rechts. Bd. I. 1910.

Wieland: Handelsrecht. Bd. I. 1921.

Windscheid/Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.

Aufsätze.

Affolter: Zur Lehre von der Gesellschaft in Arch. f. bürgl. R. Bd. 35 S. 224 ff.

Alexander-Katz: Die Erhaltung der kaufmännisch-industriellen Unternehmung einer oHG. In ZHR. 70, 80 ff.

Bacmeister: Der Ausschluß sämtlicher Gesellschafter einer oHG. von deren Vertretung. In ZHR. 55.

Bunsen: Die Parteien im Zivilprozesse. In Buschs Zeitschr. 26, 197 ff.

Eccius: Die Stellung der oHG. als Prozeßpartei. In ZHR. 32, 1 ff.

Elßbacher: OHG. u. AG. als Teilnehmerinnen einer oHG. In ZHR. 45, 40 ff.

v. Gierke, Otto: Erbrecht und Vicinenrecht im Edikt Chilperichs. In Z. f. R. Gesch. 12, 486 ff.

— Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht. In Arch. f. bürg. R. 19, 114.

v. Gierke, Julius: Die Fortf. d. oHG. mit den Erben eines Gesellschafters. In Beiträge zum Handelsrecht (Festgabe f. Carl Wieland) 1934 S. 94 ff.

Hachmann: Beiträge zur Entwicklung der oHG. In ZHR. 68, 439. 69, 47 ff.

Hueck: Die Uebertragung von Geschäftsanteilen. In ZHR. 83, 1 ff.

— Gesellschafter-Beschlüsse bei oHG.en. In Heymanns Beiträge zum Wirtschaftsrecht. II S. 716 ff.

Jaeger: Die oHG. im Zivilprozeß. In Festg. f. Sohm. 1915. S. 13 ff.

Joerges: Zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand nach deutschem Reichsrecht. In ZHR. 49, 140 ff.

Knoke: Der Eintritt eines neuen Gesellschafters in die Gesellschaft nach dem BGB. In Arch. f. bürg. Recht 20, 170 ff.

Kohler: Die oHG. als juristische Person. In ZHR. 74, 456 ff.

— Nochmals die oHG. als juristische Person. In Arch. f. bürg. R. 40, 229 ff.

Krückmann, Die Uebertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen. In Jh. Jb. 74, 69.

Larenz: Zur Lehre von der Rechtsgemeinschaft. In Jh. Jb. 83, 108.

Lastig: Beiträge zur Geschichte des Handelsrechts. In ZHR. 24, 387 ff.

Lehmann: Die Enthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters einer oHG. von Verbindlichkeiten aus schwebenden Lieferungsverträgen. In ZHR. 79, 57 ff.

Lehmann: Schutz und Erhaltung kaufmännischer Unternehmungen im Handelsrecht. In Festschr. f. Georg Cohn. 1915.

Levy: Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius in der Zeitschr. der Savigny-Stiftung f. Rechtsgeschichte. Romanist. Abt. Bd. 54 S. 258 ff.

Rehme: Die Lübecker Handelsgesellschaften in der 1. Hälfte des 14. Jahrhunderts. In ZHR. 42, 367 ff.

Rospatt: Zur Aufnahme eines neuen Mitglieds in eine Gesellschaft durch Vertragsschluß mit nur einem Vertreter und nachfolgende Genehmigung der übrigen. In Zentralbl. f. HR. 1931 S. 169 ff.

Schönfeld: Zur juristischen Konstruktion der oHG. In Jh. Jb. 75, 333.

— Zur Ehrenrettung der juristischen Person. In Arch. f. ziv. Praxis 136, 331 ff.

— Rechtsperson und Rechtsgut im Lichte des Reichsgerichts. In „die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben". Bd. II S. 191 ff.

Schultze v. Lasaulx: Zur Stellung des nicht rechtsfähigen Vereins im Handelsrecht. In der Festgabe f. Alfred Schultze. 1934.

Stoll: Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz. In der Festgabe für Heck, Rümelin und A. B. Schmidt 1931.

— Die gegenwärtige Lage der Vereine ohne Rechtsfähigkeit. In „die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben", Bd. II.

v. Tuhr: Die unwiderrufliche Vollmacht. In Straßburger Festgabe f. Laband. 1908.

Viezens: Das Fortbestehen der oHG. mit den Erben eines Gesellschafters. In ZHR. 35, 91 ff.

Wieland: Die Ermächtigung zum Leistungsempfang. Arch. f. ziv. Praxis 95, 161 ff.

Wolff: Ueber einige Grundbegriffe des Handelsrechts. In der Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für O. v. Gierke. 1910.

Zitelmann: Die Uebertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen. In Jh. Jb. 73, 185 ff.

Lebenslauf.

Am 20. Februar 1903 wurde ich, Alois Renz, in Vöhringen a. Iller, Bezirksamt Illertissen, geboren, besuchte in Ulm die Oberrealschule und legte im Frühjahr 1921 die Reifeprüfung ab. Anschließend war ich $6^1/_2$ Jahre lang als Buchhändler tätig. Vom Herbst 1927 bis Sommer 1929 studierte ich in Berlin und vom Herbst 1929 an in Tübingen. Dort bestand ich auch im Frühjahr 1933 das Referendarexamen. Zur Zeit befinde ich mich im Vorbereitungsdienst.